

ANDRÉ LUIS JARDINI BARBOSA

**DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO QUANTO AO ERRO
JUDICIÁRIO NA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA**

FRANCA

2008

ANDRÉ LUIS JARDINI BARBOSA

**DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO QUANTO AO ERRO
JUDICIÁRIO NA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA**

**Dissertação apresentada à Faculdade de História,
Direito e Serviço Social da Universidade Estadual
Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, para obtenção
do Título de Mestre em Direito.**

**Área de concentração: Obrigações em Direito
Público.**

Orientador: Prof. Dr. Élcio Trujillo.

FRANCA

2008

Barbosa, André Luis Jardini

Da responsabilidade do Estado quanto ao erro judiciário na
sentença penal absolutória / André Luis Jardini Barbosa.
– Franca : UNESP, 2008

Dissertação – Mestrado – Direito – Faculdade de História,
Direito e Serviço Social – UNESP.

1.Direito civil – Responsabilidade estatal. 2.Erro judiciário –
Indenização – Estado. 3.Direito processual civil – Sentenças.

CDD – 342.151

ANDRÉ LUIS JARDINI BARBOSA

**DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO QUANTO AO ERRO
JUDICIÁRIO NA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA**

**Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, para obtenção do Título de
Mestre em Direito.**

Área de concentração: Obrigações em Direito Público.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof. Dr. Élcio Trujillo

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, ____ de _____ de 2008

*Aos meus pais, Claudio e Maria Cristina.
Aos meus irmãos, Marcus Vinícius e Maria Claudia.
À minha namorada, Maísa.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a DEUS, que sei que tem por mim especial apreço;

Ao meu orientador, Professor Doutor Élcio Trujillo, pela paciência e confiança em mim depositadas;

Aos meus professores do curso de Mestrado, pelos quais desenvolvi especial apreço;

À minha namorada Maísa Cristina Dante da Silveira, pelo amor e pelo apoio prestados nos momentos mais complicados desse estudo;

Às funcionárias Laura e Silvana, da Biblioteca da UNESP – *campus* de Franca/SP, pelo inestimável auxílio na conclusão desse trabalho;

Ao Desembargador Renato de Salles Abreu Filho, a quem sou subordinado, exemplo de magistrado, por quem tenho grande respeito e admiração;

A todos aqueles que, de um modo geral, lutam para fazer do Direito uma ciência mais humana e um verdadeiro ideal de vida.

*“O fim do Direito é a paz,
o meio de que se serve para consegui-lo é a luta.
Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça
– e isso perdurará enquanto o mundo for mundo –,
ele não poderá prescindir da luta.
A vida do direito é a luta:
a luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos.”*

Rudolph von Ihering

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discutir os motivos pelos quais o Estado deve arcar com os prejuízos causados pelo erro judiciário na sentença penal absolutória, já que, a depender da fundamentação dessa decisão judicial, a vítima ficará impossibilitada de pleitear do próprio agente do crime o ressarcimento dos danos causados pelo fato criminoso. Argumenta-se que, se por um lado o processo é instrumento de consecução e aplicação da justiça, não se pode olvidar que a solução dos conflitos intersubjetivos de interesses foram entregues a órgãos integrantes do Estado, personificados nos juízes. Desse modo, a decisão acerca do mérito do processo reside na convicção do julgador. Entretanto, ao contrário do que se pensava, esta não é formada simplesmente por aspectos próprios da pessoa do julgador, mas deriva do somatório das condutas verificadas no decorrer do processo, seja por atividade instrutória própria do juiz, seja pela intervenção das partes da relação jurídica processual. Por isso se afirma que não deve o julgador, jamais, se afastar dos elementos de convicção contidos nos autos. Essa afirmação se justifica, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a regra do livre convencimento motivado. De fato, existe um princípio implícito na relação jurídica processual, consistente num dever de conduta ética das partes. Contudo, e a despeito da existência do citado princípio, é plenamente possível que as partes venham a se utilizar de condutas que induzam o magistrado a erro, levando, inclusive, à absolvição do réu, quando, no caso, a condenação se impunha. Desse modo, a depender do fundamento da absolvição, nem mesmo poderá ser proposta a ação de reparação civil pelo fato criminoso, restando a vítima, assim, sensivelmente prejudicada. Como o ordenamento jurídico vigente não prevê solução específica para a hipótese, albergando, apenas, as hipóteses de erro judiciário na sentença penal condenatória, e, ainda assim, em casos bastante restritos, analisa o presente estudo uma forma de se garantir que a vítima ingresse com a competente ação de reparação, agora movida contra o Estado, sob pena de restar duplamente apenada: primeiro pelo fato delituoso contra ela praticado, e, segundo, pela conduta das partes que levaram o magistrado a proferir sentença absolutória com erro.

Palavras-chave: responsabilidade civil do Estado; ação civil *ex delicto*; elementos de convicção do julgador; efeitos civis da sentença penal absolutória.

ABSTRACT

This paper is due to discuss why State should assume the responsibility for the losses caused by a false judgment that led to an acquittal, since, depending on the motivation of the sentence, the victim could be unable to suit the criminal for the reparable injuries related to the crime. It is pleaded that, although a law suit is an instrument used to pursue justice, it must not be forgotten that the pacification of the conflicts of interest were ceded to state officers, the judges. So, the decision on the merits lies on the beliefs of the judge. However, in spite of what was considered true, these beliefs are not composed only by personal aspects regarding to the judge, but they arise from a sum of conducts that occur during the proceedings, by the diligence of the judge or by the activity of the parties. That is why it is said that the judge should never disregard the indicia produced during a lawsuit: because, in Brazil, the rule called “free but justified persuasion” is valid. In fact, there is an unwritten principle that guides the relation between the parties – the obligation to behave ethically. However, and despite the existence of the aforementioned principle, it is absolutely possible that the parties behave in such a way that leads the judge to a mistake, which can even cause an erroneous acquittal. In this case, depending on the motivation of the sentence, the reparation suit would not even be possible. The victim would bare, therefore, his losses. As the law in vigor does not bring a solution to this problem, the present paper analyzes a way to guarantee to the victim the right to a reparation lawsuit – otherwise, he would suffer two injuries: the crime itself and the conduct of the parties that guided the judge to an erroneous acquittal.

Keywords: State obligation to repair damages caused by its officers; reparation law suit originated from a crime; elements of the conviction of the judge; civil effects of the acquittal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 DO ESTADO E DE SUAS ATIVIDADES	12
1.1 Do surgimento do Estado. Relação entre sociedade e Estado. Do Estado enquanto ente ordenador das condutas individuais.....	12
1.2 Dos fundamentos da atuação do Estado.....	18
1.3 Das funções e dos Poderes do Estado.....	24
CAPÍTULO 2 DAS OBRIGAÇÕES E DA RESPONSABILIDADE	35
2.1 Das obrigações. Conceito e evolução do tema.....	35
2.2 Dos elementos, dos momentos e dos efeitos das obrigações.....	48
2.3 Das obrigações em direito público	43
2.4 Da responsabilidade propriamente dita. Responsabilidade civil e penal – uma distinção necessária	48
CAPÍTULO 3 DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO	54
3.1 Das atividades do Estado de que decorra dano ao particular. Obrigação de indenizar.....	54
3.2 Dos fundamentos da responsabilização do Estado.....	61
3.3 Teorias adotadas.....	63
3.4 Direito brasileiro.....	73
CAPÍTULO 4 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO ATO ORIUNDO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL	78
4.1 Do exercício da atividade jurisdicional pela via do processo.....	78
4.2 Do erro judiciário e seus efeitos.....	87
4.3 O erro judiciário na sentença penal absolutória decorrente da errônea interpretação dos fatos e a responsabilidade do Estado	97
CONCLUSÃO.....	106
REFERÊNCIAS	108

INTRODUÇÃO

Em minha atuação profissional, tanto na condição de advogado como na de escrevente técnico judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, certas circunstâncias sempre me chamaram a atenção.

Uma delas diz respeito ao imenso volume de processos a que estão submetidos os magistrados brasileiros a cada dia.

Esses profissionais, imbuídos de tão relevante mister, encontram-se muitas vezes obrigados à formulação de decisões-padrões ou *standards*, fazendo com que a análise concreta do fato colocado ao seu arbítrio seja relegada a plano secundário, e que a justiça passe a assimilar a idéia de produção em série, conceito próprio da atividade empresarial e que, por óbvio, não lhe convém.

Outra circunstância que, de forma odiosa, faz-se paulatinamente mais presente diz com a atuação maliciosa das partes na sua atuação na relação jurídica processual, ocultando a verdade dos fatos ou atribuindo a esses efeitos não necessariamente albergados pelo ordenamento jurídico vigente. O magistrado, por sua vez, perdido na imensidão dos casos que a cada dia se avolumam em sua serventia, algumas vezes é levado a uma errônea interpretação, tanto dos fatos como do direito submetido ao seu exame.

As circunstâncias mencionadas constituem faces de um mesmo fenômeno, qual seja, o erro judiciário. E diz-se faces porque o estudo do erro judiciário não se esgota na análise dessas situações. A restrição se dá apenas em razão do dever de racionalidade da pesquisa.

O erro judiciário, por constituir anomalia do ordenamento jurídico, subverte a finalidade última do Direito, a pacificação e conseqüente restabelecimento das relações sociais.

Se o resultado natural de uma relação jurídica processual que tenha sido bem conduzida pelo magistrado, por si, mostra-se apto a causar o descontentamento ou a insatisfação, ao menos de uma das partes – dita sucumbente –, quanto mais quando essa posição de inferioridade constitui decorrência do erro judiciário.

Em relação às sentenças cível e penal condenatória, o tema encontra-se já bastante discutido, na doutrina e na jurisprudência. Em relação à segunda existe, inclusive, dispositivo constitucional expresso.

O mesmo não ocorre, porém, quanto à sentença penal absolutória.

Apesar de o tema ainda não ter sido submetido ao crivo dos Tribunais Superiores e ter o fenômeno passado despercebido praticamente pela unanimidade da doutrina, a relevância da discussão se apresenta na medida em que um eventual decreto de improcedência da denúncia ou da queixa, motivado ou não por atuação maliciosa das partes, pode induzir o magistrado a proferir sentença absolutória.

E em especial porque, em algumas hipóteses, essa absolvição tem o condão de inviabilizar a competente ação de responsabilização civil do autor do fato delituoso – ação civil *ex delicto*. Tal se dará quando estiverem presentes quaisquer das causas excludentes da ilicitude ou desde que atestada, de forma categórica, a inexistência material do fato, conforme dispõe o Código de Processo Penal.

Estaria a vítima, assim, desamparada em face do Estado. Mais. Seria duplamente apenada. Primeiro pelo fato delituoso contra ela praticado e, depois, porque inviabilizada a sua pretensão ressarcitória.

Vislumbro, a partir das idéias expostas, o surgimento de uma nova relação jurídica, dessa vez instaurada em desfavor do Estado, enquanto responsável pelo advento de uma situação que se afigura desfavorável à vítima. Essa integraria um dos pólos da referida relação por não poder ser obrigada a suportar um prejuízo para o qual não tenha dado causa. O ente estatal, porque o erro advém de órgão por ele investido no poder de julgar e que, por igualmente não ter concorrido a título de dolo ou culpa para o advento do resultado desfavorável à vítima, não pode ser obrigado a responder pessoalmente pela indenização.

É o que se pretende analisar na presente pesquisa.

Resguardei ao capítulo 1 noções imprescindíveis acerca do surgimento do Estado, bem como das relações havidas entre esse ente e os indivíduos componentes de um determinado ordenamento social. Estabeleceram-se, ainda, os fundamentos da atuação do primeiro, bem como a relação de submissão devida pelos indivíduos aos comandos dele advindos. O encerramento do capítulo em questão se deu com o estudo, ainda que breve, das funções e dos Poderes do Estado.

Idéias sobre obrigações e responsabilidade foram traçadas, de forma conjunta, no capítulo 2 do trabalho. Tal se fez necessário pelo fato de a responsabilidade se apresentar enquanto momento sucessivo ao da obrigação, o que dispensa, para efeito de concessão de maior dinâmica às tratativas, a análise de ambas em capítulos distintos. Aproveitei a tradicional classificação das obrigações em de direito público e de direito privado, procurando, sempre que possível, tecer considerações pessoais a respeito do tema. Privilegiou-se a análise do tema quando em face do Estado.

É sabido que, na grande maioria dos casos, a atuação do Estado se dá de forma legítima. É esse, inclusive, o fundamento do dever de abstenção dos indivíduos. Não quer dizer, contudo, que não esteja aquele ente desobrigado de responder em face do advento de danos àqueles que, porventura, virem-se prejudicados por essa atuação. Foi esse o enfoque do capítulo 3. Como o tema demanda a análise do próprio desenvolvimento do homem em sociedade, fez-se necessária uma abordagem histórica das teorias que cercam o instituto da responsabilidade do Estado, outorgando-se sempre maior relevo ao trato da questão em relação ao ordenamento jurídico nacional.

O capítulo 4 encerra o estudo do tema, analisando a questão da responsabilização do Estado quando advinda do exercício da atividade jurisdicional. Tratando-se o processo da forma ordinariamente utilizada pelo Estado para a solução dos conflitos intersubjetivos de interesses, não poderiam ser esquecidos os aspectos a ele relativos. Procedeu-se, também, à análise da conduta das partes e a relação havida entre essa e o erro judiciário.

Até por necessidade de delimitação do tema, restringiu-se o objeto da pesquisa à sentença penal absolutória. Não me descuidei, todavia, da análise da sentença penal condenatória, bem como da forma pela qual o tema da responsabilização do Estado é tratado na hipótese.

Por fim, aponto na conclusão a solução que entendo melhor adequar-se à hipótese da responsabilização do Estado pelo erro judiciário na sentença penal absolutória, tanto em relação à legitimidade ativa como no que se refere a quem deve integrar o pólo passivo da ação indenizatória.

Por óbvio que qualquer trabalho a que o estudioso do Direito se proponha jamais terá o condão de encerrar a análise de um tema.

Nem era essa a minha pretensão.

Satisfaço-me com o simples fato de ver instaurado o debate acerca do tema, aproveitando-me de todas as questões e dúvidas suscitadas a respeito das afirmações aqui expendidas.

CAPÍTULO 1 DO ESTADO E DE SUAS ATIVIDADES

1.1 Do surgimento do Estado. Relação entre sociedade e Estado. Do Estado enquanto ordenador das condutas individuais

O presente capítulo tem a finalidade de analisar a forma pela qual se deu o surgimento do Estado. Para que seja atingido tal objetivo, faz-se necessária a abordagem de outros temas, sobretudo aqueles relativos ao desenvolvimento do homem em sociedade.

Quer-se, com isso, demonstrar que o surgimento do Estado tal como hoje o conhecemos não pode ser visto simplesmente como um evento isolado, mas que decorreu – e ainda decorre, na medida em que não se pode esquecer que o Estado permanece em contínuo desenvolvimento – de uma série de acontecimentos, intimamente relacionados com a evolução humana em sociedade.

Assim, é perfeitamente admissível afirmar-se ser o homem a razão fundamental da existência do Estado.

Não é outra a razão pela qual Aluísio Dardeu de Carvalho aponta ser o povo a dimensão pessoal do Estado¹.

Note-se que, para tanto, deve-se levar em consideração o estudo quadripartite dos elementos do Estado, que seria, nas palavras de José Afonso da Silva, “[...] um poder soberano de um povo situado num território com certas finalidades”².

Ou, como prefere Themístocles Brandão Cavalcanti, em estudo acerca dos elementos do Estado:

Para que possa constituir e adquirir personalidade interna e internacional, o Estado precisa organizar-se com alguns elementos essenciais, que são: a) território; b) povo; c) governo; d) soberania. Alguns autores, como Carré de Malberg reduzem os dois últimos elementos a um só – *puissance publique*, isto é, poder. Mas a discriminação representa melhor, com a sua decomposição, os elementos do Estado.³

¹ CARVALHO, Aluísio Dardeu de. **Nacionalidade e cidadania**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 11.

² AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 98.

³ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 118.

Há autores que, como Alexandre Groppali, endossam as idéias anteriormente apontadas, a elas acrescentando, porém, a idéia de finalidade:

Nós consideramos como incompleta a classificação feita pelos primeiros, porquanto prescinde da finalidade que, indubitavelmente, é um elemento essencial ao lado do território, do povo e do poder de império e a qual se deve ter em conta, se pretendemos ter uma noção integral da complexa figura constituída pelo Estado [...] Procuremos agora examinar separadamente, aquêles elementos que, segundo nós, são os constitutivos do Estado, isto é, o povo, o território, o poder de império e a finalidade, em função dos quais êle aparece como uma forma particular da sociedade humana, como uma coletividade de indivíduos organizada em uma parte da superfície terrestre sob o comando de um poder originário e soberano, para um fim comum de defesa, bem-estar e elevação.⁴

Entretanto, e muito embora a afirmação referida se mostre plenamente justificável sob o aspecto jurídico, acaba por vezes sendo evitada por aqueles que se aventuram no estudo desse ramo do conhecimento humano. Justificam essa aversão pelo fato de que o Direito deve – supostamente – procurar se dissociar de quaisquer resquícios de ideologias, qualquer que seja a natureza dessas, sob pena de restar por elas contaminado. Como se isso fosse realmente possível!

Acerca do íntimo relacionamento existente entre a Ciência do Direito e a ideologia, confira-se o magistério de Maria Helena Diniz:

Ensina-nos Tércio Sampaio Ferraz Jr., com sua fascinante intelectualidade, que se tem ideologia sempre que ocorre uma neutralização de valores, por ser ela um sistema de valorações encobertas. Pode-se encobrir valorações, p. ex.: *a)* substituindo fórmulas valorativas por fórmulas neutras, como ocorre com a noção de norma hipotética fundamental de Kelsen, que dá ao sistema jurídico a imagem de um sistema formalmente objetivo; *b)* escondendo a presença inevitável do emissor de uma valoração, dando a impressão de se tratar de uma proposição sem sujeito, p. ex., quando se usa a expressão “*fontes do direito*”. Neste sentido é comum o jurista valer-se, p. ex., do argumento de autoridade representado por certos autores de nomeada, que é usado deslocadamente no texto teórico, dando a impressão de que as conclusões são dos autores citados, quando, na verdade, resultam de valorações feitas por aquele que argumenta.

Ciência jurídica e ideologia se complementam, pois o discurso científico é ideológico e a reflexão epistemológica se sustenta em supostos ideológicos.⁵

⁴ GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Tradução de Paulo Edmur de Souza Queiróz. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 123-125.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 193-194.

Procuremos, para não incorrer em supostos erros, demonstrar o raciocínio empreendido anteriormente.

Num primeiro estágio do desenvolvimento humano, as sociedades se mostravam um tanto quanto encerradas em si mesmas. Não há relatos de interações entre os agrupamentos sociais então existentes.

Essa atitude, no entanto, ao mesmo tempo em que se mostrava salutar, na medida em que por meio dela foram constituídos os líderes daquelas comunidades, por outro lado constituía-se num malefício, pois sujeitava-as aos seus predadores.

O instinto de preservação da espécie fez com que essas primeiras comunidades se determinassem no sentido de deixar suas cavernas. Ao mesmo tempo, despertava a atenção dos seus integrantes à existência de outras comunidades.

As pequenas comunidades passam a perceber, então, que, unidas, são mais fortes e estão mais aptas a satisfazer as suas necessidades vitais, que, a partir desse momento, tornam-se coletivas.

É despertado nos homens, assim, o instinto de se agregar, de viver em coletividade.

Acerca da evolução humana, bem como dos critérios determinantes do surgimento das primeiras comunidades e sua relação com o surgimento do Estado – e do próprio ordenamento jurídico, conforme se verá –, Ives Gandra da Silva Martins assim leciona:

O inimigo mais forte (animais e variações climáticas), assim como a ausência de uma técnica de defesa mais avançada, certamente, no início da história da espécie humana, devem ter sido fatores a determinarem sua agregação como forma de sobrevivência, parecendo-nos que o estilo de vida, espalhado pelo mundo, de diversas sociedades indígenas ainda existentes, fosse aquele próprio dos nossos primeiros ancestrais.⁶

O desenvolvimento da vida em sociedade trouxe consigo, porém, uma série de conflitos. Esses conflitos, de naturezas as mais diversas, a depender do interesse envolvido, desestabilizavam o corpo social. A composição desses embates se mostrava imprescindível, uma vez que, do contrário, restaria inviabilizada a própria convivência humana em sociedade.

⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O estado de direito e o direito do Estado**. São Paulo: Bushatsky, 1977. p. 8.

A doutrina processualista é pródiga no sentido de demonstrar as formas pelas quais se dava a solução dos conflitos de interesses. Cabe aqui mencionar, especificamente, a autotutela e a autocomposição. A primeira caracteriza-se pela sujeição da parte mais fraca à mais forte, enquanto, na segunda, cada uma das partes cede parcela de seu interesse, a fim de que seja alcançado um resultado que se mostre mais favorável a todos.

Entretanto, e a despeito do sucesso que as citadas formas possam ter alcançado, a história é testemunha do extermínio de civilizações inteiras pela aplicação dessas, uma vez que, nelas, a solução do conflito de interesses é deixada a cargo dos próprios litigantes⁷.

Percebeu-se, com isso, a necessidade da criação de uma figura central, dotada de soberania, cuja finalidade seria a de ordenar os comportamentos individuais, de forma a se atingir, como fim último, o bem comum.

Em artigo sobre o tema, Carlos Roberto Souza da Silva assim procura demonstrar:

O indivíduo para viver em sociedade não desfruta de plena liberdade. As limitações impostas a cada um estão para atender ao bem estar do grupo. Dessa forma, cada ente do corpo social entrega parte de sua liberdade, pretendendo que a coletividade coexista harmoniosamente. Essa “entrega” pretende que o indivíduo atinja, através do grupo, a felicidade, a conservação e a evolução.

Para tal, os homens contratam-se uns com os outros. Prometem respeitarem-se mutuamente e buscarem, juntos o bem de ambos e de todos, pois contratam-se com todos. Como em um contrato sinalagmático, são iguais, são livres dentro dos limites do que contratam e têm obrigações recíprocas.

Para promoverem-se, delegam a um Ser Livre de Paixões, o gerenciamento das autonomias que individualmente cederam ao grupo. E por todos os entes do grupo terem contratado entre si, é cedida a vontade do grupo. Esse Ser idôneo age em nome de todos os contratantes, através da vontade do grupo, buscando o bem comum.⁸

Surgia, aqui, o embrião do que hoje conhecemos como Estado.

⁷ É relevante mencionar, no entanto, que essas formas não foram suprimidas, em absoluto, dos ordenamentos jurídicos dos países. No Brasil, inclusive, há exemplo de aplicação de ambas. Como exemplo da autotutela, temos, ainda hoje, a causa de exclusão da ilicitude denominada legítima defesa (artigo 24 do Código Penal), ao passo que, como exemplos de aplicação da autocomposição, podem ser mencionadas a transação, a renúncia ao pedido pelo autor e o reconhecimento jurídico do pedido pelo réu – nos termos do que dispõe o artigo 269, incisos II, III, e IV, do Código de Processo Civil.

⁸ SILVA, Carlos Roberto Souza da. A delinquência e o direito penal. **Neofito**. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/penal116.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2007.

As idéias até aqui apontadas traduzem-se no conceito de Estado, e dele podem ser extraídas as características principais desse. Assim, como leciona Dalmo de Abreu Dallari, Estado é a “[...] ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”⁹ – novamente salientado, aqui, o entendimento quadripartite a respeito dos elementos do Estado, já mencionado em momento anterior.

Os mais diversos grupos sociais, em nome do desenvolvimento do Estado, abriam mão de parcela de suas soberanias, agora transformadas em autonomias regionalizadas, com o fim de constituírem um ente único, forte e soberano, com poder de representação sobre os indivíduos que compusessem um determinado corpo social.

Não é outro que não esse o espírito e a própria essência do princípio do federalismo, adotado como fundamento imutável pelo legislador constituinte de 1988¹⁰.

Segundo o conceito ofertado por Dalmo de Abreu Dallari, a forma federativa de Estado é uma “[...] aliança ou união de Estados em que os Estados que ingressam na Federação perdem sua soberania no momento mesmo do ingresso, preservando, contudo, uma autonomia política limitada”¹¹.

Uadi Lammêgo Bulos, sobre o tema, também nos ensina:

Federação, do latim *foedus, foederis*, significa pacto, interação, aliança, elo entre Estados–membros.

Trata-se de uma *unidade* dentro da *diversidade*. A *unidade* é ela, a *federação*, enquanto a *diversidade* é inerente às partes que a compõem, isto é, os *Estados*, com seus caracteres próprios.

A federação, portanto, é um *pluribus in unum*, ou seja, uma *pluralidade* de Estados dentro da *unidade* que é o Estado Federal.

É a *federação*, portanto, uma genuína *técnica de distribuição do poder*, destinada a coordenar competências constitucionais de pessoas políticas de Direito Público Interno, que, no Brasil, equivalem à União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, arts. 1º e 18).¹²

E desse ente central decorreria o poder de editar atos veiculadores de normas dirigidas a todos, de forma indistinta, do que dependeria o futuro e a sorte de todos os seus integrantes.

É bem verdade que o fator determinante do nascimento do Estado foi a necessidade de ordenação do corpo social.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 104.

¹⁰ Arts. 1º e 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal.

¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 227.

¹² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 713-714.

Essa ordenação, no entanto, não se deu tão-somente no campo das idéias.

Isso porque o mero estabelecimento de comandos normativos não seria capaz de, por si só, garantir a plena submissão de todos ao seu império. A obediência aos comandos oriundos do poder central não poderia ser deixada ao simples arbítrio daqueles que se encontravam sujeitos à já mencionada soberania do Estado.

Era preciso que fossem efetivados enquanto corpo normativo, sob forma escrita ou não, que a todos sujeitasse, de maneira indistinta. À eventual desobediência aos comandos oriundos do ordenamento central era imposta uma sanção, inclusive como forma de se garantir a eficácia e a efetividade desse corpo de normas.

Estava plantada, dessa forma, a semente do ordenamento jurídico.

Estado e ordenamento jurídico são, portanto, conceitos que se equiparam, absolutamente indissociáveis, o que equivale dizer que a análise de um prescinde da do outro. Ou, como prefere Giorgio Del Vecchio:

“A idéia do direito e a idéia do Estado estão, portanto, intimamente relacionadas: não há Estado sem direito e nem direito sem Estado. [...] O Estado, isto é, a estabilidade da sociedade, é um *produto*, e até o *produto do direito*.”¹³

A esse respeito, merecem transcrição, ainda, as lições expendidas por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Como é necessária a existência de regras jurídicas para a harmônica convivência social, e como pode existir dúvida em torno de sua interpretação, ou mesmo da intenção de desrespeitá-las, podem eclodir no seio da sociedade conflitos de interesses. Como a insatisfação de um interesse – principalmente quando essa insatisfação decorre da resistência de alguém – pode gerar tensão aos contendores e até mesmo tensão social, é importante que os conflitos sejam eliminados e seja encontrada a paz social, escopo do Estado.¹⁴

Às idéias até então veiculadas cabe acrescentar algumas observações.

A primeira delas diz respeito, justamente, às dificuldades que são postas a todos aqueles que se aventuram a procurar obter uma exata extensão do conceito de Estado.

¹³ DEL VECCHIO, Giorgio. **Evolução e involução no sistema jurídico**. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005. p. 53.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. Processo de Conhecimento. v. 2. 6. ed. revista, atualizada e ampliada da obra **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 31.

Isso porque, enquanto entidade abstrata, criada para assegurar o pleno desenvolvimento das relações entre os homens, o Estado encontra-se sujeito a um sem número de variações, sendo absolutamente dependente do estágio do desenvolvimento humano.

Não nos esqueçamos, também, de que, muito embora estejamos no limiar de um novo milênio, ainda hoje não nos é possível falar em plena estabilização das relações humanas. Logo, homem e Estado, entes que se complementam reciprocamente, encontram-se em constante evolução.

Como últimas, mas não menos importantes, observações, cumpre mencionar que o progresso da humanidade acabou por acarretar, também, uma série de conflitos de interesses envolvendo, de um lado, o Estado e, de outro, os particulares que a esse devem sujeição. Conflitos esses que devem, igualmente, ser solucionados, uma vez que, do contrário, constituiriam óbice ao pleno desenvolvimento da vida humana em sociedade, assim como ocorre com os conflitos de interesses de particulares.

Não nos descuidemos, também, de mencionar a possibilidade de que da atuação do Estado, nos estritos limites da legalidade, possa decorrer dano ao particular.

Esses temas, no entanto, serão objeto de análise mais aprofundada no decorrer do presente estudo.

1.2 Dos fundamentos da atuação do Estado

Da análise do conceito de Estado surgem questionamentos a respeito dos fundamentos de sua atuação. A partir daí nos será possível entender as razões que sustentam o exercício do poder estatal, bem como quais as causas determinantes da responsabilização ou não desse ente.

Isso porque não deve ser esquecido que, a partir de quando o desenvolvimento humano fez surgir a necessidade da criação do Estado, passou-se a conviver com um poder que detém o controle sobre os interesses individuais da comunidade que a ele se encontra sujeito.

A partir da opção pela vida em comunidade, o conceito de interesse privado cede espaço para um interesse cuja titularidade é indeterminada, chamado interesse coletivo.

Ou seja, os interesses passam a ser da coletividade como um todo, e não mais considerados em um sentido meramente privatístico. E caberá ao Estado, a partir de agora, tutelá-los.

A proteção ao interesse coletivo torna-se, portanto, um dos fundamentos de atuação do Estado, e a essa proteção deve ser outorgada primazia, sempre que se configure situação de conflito ou contraposição a outro direito ou interesse, considerado individualmente.

Quer-se dizer, com isso, que o ordenamento social é composto de uma infinidade de direitos e de interesses. Cabe ao Estado a tutela daqueles que se lhe mostrem mais relevantes, sempre com vistas a não inviabilizar o convívio humano em sociedade.

Fala-se, há tempos, na existência de um princípio, denominado supremacia do interesse público sobre o interesse particular. É ele quem deve determinar a conduta daquele que se encontra no exercício de qualquer dos Poderes do Estado.

Hely Lopes Meirelles, acerca desse princípio, assim nos ensina:

O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares.¹⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma a sua existência e importância, a despeito de não se traduzir em dispositivo expresso, sendo ínsito à própria condição humana em sociedade.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.¹⁶

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 103.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 87.

Assim, no choque entre direitos considerados na sua individualidade e direitos titularizados por pessoas indeterminadas, far-se-á necessário ao exercente do poder estatal proceder a um balanceamento entre ambos, devendo dar primazia, porém, aos segundos, por serem de caráter geral.

Deverá procurar, no entanto, não suprimir o direito ou interesse privado, mas adequá-lo aos anseios da coletividade.

É essa, inclusive, a finalidade atual do próprio Direito, ou, como prefere Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “O Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo”¹⁷.

É bem verdade que o citado princípio já constituía uma orientação a ser seguida pelo legislador infraconstitucional, em face da adoção, no texto da Constituição Federal de 1988, do perfil democrático do Estado brasileiro.

No entanto, tal tarefa via-se, em larga medida, obstada em razão das inúmeras desavenças ainda existentes entre os defensores do dualismo Direito Privado *versus* Direito Público.

Ganha relevância a observação, nesse ponto, acerca do advento do vigente Código Civil¹⁸. Esse, num flagrante desapego e abandono da concepção meramente individualista, que reinava sob a égide do revogado Código Civil de 1916, adotou expressamente uma série de conceitos que têm por finalidade última o primado do interesse coletivo sobre o particular.

A título de ilustração, podem ser citados os dispositivos referentes às relações contratuais e ao direito de propriedade¹⁹.

Cumprе ressaltar, porém, que, a despeito da relevância que se possa dar ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, tem-se que esse restaria como disposição meramente retórica se se deixasse ao exercente do poder estatal uma irrestrita discricionariedade acerca do exercício ou não de sua atividade.

Importa dizer, com isso, que aquele que detém o poder, quando instado a atuar, fa-lo-á não em seu nome, mas em nome de toda uma coletividade. Assim, salvo

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 69.

¹⁸ Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹⁹ Arts. 421 e 1.228, § 1º, respectivamente, do Código Civil.

nos casos em que se admite uma certa discricionariedade à autoridade estatal²⁰, não poderá essa sujeitar tal poder aos seus meros caprichos.

Assim, ao lado do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular deve ser colocado o princípio da indisponibilidade do interesse público, que, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que também é um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.²¹

Diz-se, ainda, que os princípios citados constituem o próprio fundamento do Direito Administrativo da atualidade.

Ou seja, muito mais do que meros princípios – disposições impregnadas de altíssima carga valorativa, constituindo-se em norte à atuação da autoridade estatal –, são o próprio espírito desta matéria, tal qual o corpo necessita da alma para que tenha vida, ou o mais alto edifício deve a sua sustentação a uma base sólida.

Nesse ponto, contudo, passarei a formular um complemento à idéia até então desenvolvida.

Não se trata de contestá-la. Procurarei apenas adequar as idéias até aqui apresentadas à própria orientação democrática atual do Estado brasileiro, assumida quando da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

Atribui-se a qualidade de Estado de Direito àquele Estado que se submete a um corpo de normas, que compõem o seu ordenamento jurídico.

Mas não só.

É necessário, ainda, que, desde que haja a previsão da existência do Poder Judiciário, esse Estado se submeta às decisões advindas desse Poder.

Aliás, muito mais do que a mera previsão do Poder Judiciário, enquanto Poder do Estado, a idéia de Estado de Direito encontra-se indissociavelmente ligada à essência do que apregoa a teoria da separação dos poderes estatais.

²⁰ Saliente-se que a própria discricionariedade é regrada e limitada pela lei, ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro não se coaduna com a discricionariedade absoluta ou meramente presumida.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 69.

A esse respeito, confira-se o magistério de Carlos Ari Sundfeld:

A idéia intuitiva a respeito – dada pelo próprio sentido literal da expressão – é aquela segundo a qual Estado de Direito é o que subordina ao Direito, vale dizer, que se sujeita às normas jurídicas reguladoras de sua ação. O Estado Polícia apenas submetia os indivíduos ao Direito, mas não se sujeitava a ele.

Assim, definimos Estado de Direito como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.²²

Pois bem, o legislador constituinte de 1988 não previu o Estado brasileiro meramente como de Direito. Para tanto, bastaria que estivessem atendidos os requisitos acima apontados.

Foi além, prevendo o caráter democrático desse Estado. Prova disso é o que dispõe o artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Mas, afinal, o que se deve entender por Estado Democrático de Direito?

É o Estado que, além de atender às exigências formuladas anteriormente, ainda se obriga ao atendimento do primado da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, cabe-lhe formular disposições relativas aos direitos e garantias individuais, mas, também, prever formas de essas disposições não virem a ser suprimidas, senão pelo advento de uma nova Constituição²³.

Não é outra senão essa a razão de o legislador constituinte ter previsto os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas, condicionando o próprio exercício do poder constituinte derivado²⁴.

Estabelecer o exato conceito e alcance da expressão dignidade da pessoa humana constitui tarefa bastante tormentosa. Essa é a razão pela qual, no momento, socorro-me da doutrina de Uadi Lammêgo Bulos:

²² SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 37-39.

²³ A esse respeito, cumpre mencionar que o entendimento pessoal do autor é no sentido da existência de um direito natural que condiciona o próprio exercício do poder constituinte originário.

²⁴ Art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um *valor constitucionalmente supremo*. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou *status* social. O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores *espirituais* (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e *materiais* (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.). Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. Seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais etc. Abarca uma variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria. A força jurídica do pórtico da dignidade começa a espargir seus efeitos desde o ventre materno, perdurando até a morte, sendo inata ao homem. Notório é o caráter instrumental do princípio, afinal ele propicia o acesso à justiça de quem se sentir prejudicado pela sua inobservância. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm reconhecido a importância da dignidade da pessoa humana.²⁵

Acerca da dignidade da pessoa humana, Gustavo Tepedino também nos ensina:

Se o direito é uma realidade cultural, o que hoje parece fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado.²⁶

Essa nova orientação, assumida a partir de 1988, fez com que o fundamento do Direito Administrativo atual figurasse como um tripé, pressupondo, para a sua configuração, portanto, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, o princípio da indisponibilidade do interesse público e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse último, isoladamente considerado, na visão de alguns, passaria a reger a atividade de todos os Poderes do Estado. Isso porque estabeleceria um claro padrão de decisão e ponderação entre os interesses em jogo – qual seja, aquilo que, no

²⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 389.

²⁶ TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direitos à pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Editorial. v. 2, 2000. p. V-VI.

caso concreto, se mostre apto a melhor atender aos interesses da coletividade –, contrariamente ao que ocorre em relação aos demais princípios citados²⁷.

Não nos descuidemos de observar, todavia, a existência de críticas acerca do que fora expandido. Essas vêm o citado princípio enquanto disposição extremamente vaga, dificultando a sua aplicação no caso concreto.

Esquecem-se, contudo, de que a aplicação desse princípio jamais poderá se dar em abstrato, sendo sempre dependente da análise do caso concreto posto à análise.

A despeito da necessidade de se delimitar o tema, para efeito de racionalização da pesquisa, e de se proporcionar uma melhor compreensão àqueles que vierem a ter contato com ela, a verdade é que o entendimento apontado não pode e nem deve se restringir às fileiras do Direito Constitucional ou do Direito Administrativo. Ao contrário, deve se irradiar para todos os demais ramos do Direito.

1.3 Das funções e dos Poderes do Estado²⁸

Já se disse que o desenvolvimento da humanidade a partir de grupos organizados em comunidades trouxe consigo a necessidade da criação de um poder central, a quem foi atribuída a tarefa de ordenar os inúmeros interesses envolvidos, tendo o bem comum ou o interesse coletivo sempre como fator norteador dessa atuação. Nasceu ali a idéia do que hoje conhecemos como Estado.

Essa ordenação dá-se por intermédio da imposição genérica e impessoal de comandos veiculadores de normas, tendo essas forma escrita ou não. Ao descumprimento desses comandos é imposta a sanção respectiva. É essa a gênese do que hoje conhecemos como ordenamento jurídico.

²⁷ A esse respeito, confira-se o entendimento de Gustavo Binbenbaj, em *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo* (**Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, jan./mar. 2005, p. 01-31).

²⁸ Para fins de melhor compreensão do presente trabalho pelo leitor, utilizar-me-ei da expressão “Poder”, com inicial maiúscula, sempre que estiver me referindo a um dos poderes constituídos do Estado, previstos no artigo 2º da Constituição Federal de 1988. Ao contrário, sempre que quiser fazer menção à faculdade de agir de uma ou de outra maneira, diante do caso concreto, utilizarei o termo “poder”, com inicial minúscula.

Uma vez bem delimitada a forma como se deu o nascimento do Estado, bem como a garantia de imposição coativa dos comandos oriundos do mesmo, outra questão se impõe: mas, afinal, a quem caberia o exercício de tão relevante poder?

Certo é que, desde os estágios iniciais do desenvolvimento do Estado, percebeu-se o inconveniente de se outorgar o exercício do poder aos próprios integrantes das comunidades existentes. Isso porque os interesses que moveram o homem a se integrar em comunidades correspondiam à necessidade que tinham de satisfazer interesses que lhes eram vitais. Afora esses, porém, quaisquer outros interesses mostravam-se incompatíveis e até conflitantes.

O povo de outrora clamava, assim, pela presença de alguém que detivesse o poder de dar o arranjo devido aos inúmeros interesses que se apresentavam em uma dada comunidade.

Uma pessoa, materializada na figura de homem, a quem pudessem obedecer e encaminhar suas súplicas. Surgia, com isso, a figura do líder soberano, a quem caberiam as decisões acerca do destino das pessoas que a ele estivessem sujeitas.

Prova da confiança depositada por um povo em seu governante, com o decorrer da História, são os relatos contidos em uma infinidade de documentos históricos. Dentre tantos, mencionamos as passagens contidas no relato bíblico acerca da unção do primeiro rei sobre o reino de Israel, que bem demonstram o que foi afirmado²⁹.

A mesma História incumbiu-se de demonstrar, porém, o inconveniente de se concentrar nas mãos de uma só pessoa a totalidade das decisões acerca dos destinos de todas as demais.

A imensa gama de poderes outorgados aos monarcas não trouxe o bem ao povo que lhes era subordinado. Ao contrário, na maioria dos casos, revelou-se extremamente pernóstica, o que obrigou a comunidade a novamente se empenhar no sentido da busca de uma mudança no cenário que ora se apresentava.

²⁹ “Naqueles dias, não havia rei em Israel, porém cada um fazia o que parecia reto aos seus olhos.” (BÍBLIA SAGRADA, Jz 21, 25) “Então, todos os anciãos de Israel se congregaram, e vieram a Samuel, a Ramá, e disseram-lhe: Eis que já estás velho, e teus filhos não andam pelos teus caminhos; constitui-nos, pois, agora, um rei sobre todos nós, para que ele nos julgue, como o têm todas as nações [...] Então, disse Samuel a todo o povo: Vedes já a quem o Senhor tem elegido? Pois em todo o povo não há nenhum semelhante a ele. Então, jubilou todo o povo, e disseram: Viva o rei!” (Ibid, 1 Sam 10, 24)

É sabido, porém, que as transformações jurídicas no âmbito dos Estados não acompanham, necessariamente, as transformações sociais neles verificadas. E isso, até os dias atuais. Sobretudo quando se trata de países que têm por tradição o direito positivado.

Os soberanos, por sua vez, cientes da possibilidade de virem a perder o poder que outrora detinham, na maioria dos Estados, passaram a ceder parcela de seus poderes.

Essa cessão, no entanto, no mais das vezes era meramente simbólica, uma vez que se dava entre órgãos criados pelos próprios monarcas, e, portanto, sempre sujeitos ao seu rígido controle.

Esse fracionamento do poder dos monarcas, porém, ainda que no passado tenha sido determinado como medida meramente retórica, trouxe consigo efeitos extremamente benéficos.

Delineou e demonstrou a necessidade de que o poder estatal fosse fragmentado em diversos órgãos, autônomos e independentes em relação à pessoa que detivesse o poder central.

Percebeu-se, ainda, que uma fragmentação inicial do poder estatal, a longo prazo, traria consigo a limitação da ingerência do monarca sobre a vida daqueles que a ele estivessem subordinados.

Essa ingerência, que, até então, mostrava-se absoluta, restaria relativizada, e o poder do soberano passaria, então, a estar sujeito a um rígido controle.

Não se admitiria, no entanto, que a pretendida fragmentação dos poderes do governante viesse a repercutir no que diz respeito à unidade do poder estatal. E essa é uma observação relevante, muito embora por vezes omitida por aqueles que se aventuram na análise desse tema, na medida em que a existência do Estado pressupõe que esse seja dotado do atributo da soberania, como, aliás, já se fez referência.

A soberania, enquanto poder de autodeterminação e de auto-organização que emana do povo, deve ser sempre resguardada.

A idéia, portanto, é de que houvesse uma nítida divisão entre as funções do Estado, preservando-se, no entanto, uno e indivisível o seu poder.

Por funções do Estado devem ser entendidas as atividades por ele prestadas com o fim de se atingir o bem comum ou o interesse coletivo, ou, como prefere Cretella Júnior: “[...] as diferentes atividades que o organismo estatal exerce, para atingir os fins a que se propõe”³⁰.

Sob o aspecto funcional, a doutrina classifica a divisão das funções estatais, tradicionalmente, de forma tripartida. Assim, são reconhecidas como funções estatais: a função administrativa, a legiferante e a judicante.

É bem verdade que a classificação apontada poderia vir a induzir o leitor a erro, na medida em que pode ser confundida com a também tradicional divisão dos Poderes do Estado.

A confusão, contudo, somente poderia vir a atingir o recém-iniciado nos estudos do Direito, uma vez que o conceito de função estatal é mais abrangente que a de Poder do Estado, ou, como prefere José Afonso da Silva: “Cumpra em primeiro lugar, não confundir distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes, embora entre ambos haja uma conexão necessária”³¹. A separação dos poderes, aliás, leva em consideração um critério meramente orgânico, como procurarei demonstrar logo a seguir.

Assim que se vislumbrou a necessidade de fragmentação dos poderes do Estado, percebeu-se, também, que a efetivação dessa restaria inócua caso não houvesse a previsão da atribuição das funções estatais a órgãos distintos, autônomos e independentes – vinculados, porém, ao próprio Estado.

Muito embora sejam conhecidos estudos anteriores relativos ao tema³², foi outorgada a Montesquieu a glória de ter formulado uma teoria acerca da repartição dos Poderes do Estado³³, que até hoje permanece extremamente atual.

Foi Montesquieu quem, após ter identificado as funções do Estado, afirmou a necessidade de se fragmentar o poder desse ente, tendo como finalidade última a limitação desse mesmo poder. A partir daí, dividiu essas funções entre os

³⁰ CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 81.

³¹ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 98.

³² É preciso mencionar que o primeiro a esboçar uma teoria acerca da separação dos poderes do Estado foi Aristóteles, na obra **Política**, detalhada posteriormente por John Locke, na obra **Segundo tratado sobre o governo civil**.

³³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

órgãos integrantes do próprio Estado, os quais denominou Poderes do Estado, sendo esses, a saber: o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

As lições do autor citado, no entanto, não se resumiram ao que foi tratado até o momento. Foram além, tendo esse previsto, ainda, que aos Poderes do Estado haveriam de ser atribuídas determinadas prerrogativas, as quais tinham por fim assegurar o exercício e a própria existência desses poderes.

É essa a razão de ser dos atributos da independência e da autonomia dos três Poderes estatais.

A independência entre os poderes é manifestada pelo fato de cada Poder extrair sua competência da Carta Constitucional, depreendendo-se, assim, que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não necessitam da confiança nem da anuência dos outros poderes. No exercício das próprias atribuições, os titulares não precisam consultar os outros, nem necessitam de sua autorização e que, na organização das atividades respectivas, cada um é livre, desde que sejam verificadas as disposições constitucionais e infraconstitucionais.³⁴

A autonomia e a independência dos Poderes do Estado traduzem-se numa garantia de que esses órgãos possam exercer livremente as suas funções, sem que sejam molestados pelos demais.

Do exercício das funções próprias de cada um desses Poderes, no entanto, jamais poderá decorrer qualquer arbitrariedade, sob pena de desvirtuamento dos próprios fundamentos que determinaram a sua criação.

Assim, em contrapartida à independência de cada um dos Poderes do Estado é resguardada a possibilidade de controle sobre os atos deles oriundos. Quando efetuado por cada poder sobre seus próprios atos, ocorre o que a doutrina costuma denominar poder de autotutela.

No entanto, esse mecanismo de controle não se encerra no âmbito *interna corporis* de cada um dos Poderes do Estado. Vai além, de forma a possibilitar o controle dos atos procedentes desses por cada um dos demais. Esse controle, dito externo, está presente sempre que se afigure o exercício abusivo ou a usurpação de função.

A independência do Poder do Estado, portanto, é sempre limitada aos atributos próprios da função que lhe é outorgada pelo ordenamento jurídico.

³⁴ Funções típicas e atípicas dos poderes. **Direitonet**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/resumos/x/27/77/27/p.shtml>>. Acesso em: 16 ago. 2007.

Nos casos de desvirtuamento das finalidades para as quais esses Poderes foram criados, abre-se a possibilidade de incidência de controle, seja interno – quando realizado pelos órgãos integrantes do próprio Poder –, seja externo – quando efetivado por qualquer dos demais Poderes constituídos.

Merece transcrição, nesse ponto, os ensinamentos ofertados por Canotilho e Vital Moreira sobre o tema:

Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de *lealdade constitucional* (*Verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de *guerrilha institucional*, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma *deontologia política*, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (*statesmanship*).³⁵

No sentido do que foi até então exposto é que o legislador constituinte de 1988, atento ao espírito democrático³⁶ que orienta o Estado brasileiro, assim dispôs: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”³⁷

É justamente no citado mecanismo de controle externo de cada um dos Poderes do Estado sobre as funções outorgadas aos demais que se funda a diferenciação apontada entre as funções e os Poderes do Estado.

Isso porque a configuração atual dos Estados modernos já não mais se coaduna com um conceito estanque acerca das funções do Estado, como se pensava anteriormente.

Assim, é reconhecida a cada um dos Poderes do Estado uma função específica, dita típica. Por outro lado, não se pode deixar de outorgar a esses mesmos Poderes uma parcela do exercício das funções que tocam aos demais. Essa segunda

³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Os poderes do presidente da república**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 71.

³⁶ Art. 1º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

³⁷ Art. 2º da Constituição Federal de 1988.

hipótese, porém, possui sempre caráter excepcional ou subsidiário, e, por essa razão, é chamada atípica.

A esse respeito cumpre mencionar os ensinamentos ofertados por Élcio Trujillo, nos termos que se seguem:

Hoje, na análise da aplicação dos Poderes do Estado, apura-se a ocorrência de flexibilidade entre as funções de tal forma que, cada um dos Poderes desempenha, prevalentemente, uma função típica, restando as demais, específicas dos outros, como aplicação excepcional ou ainda em caráter meramente subsidiário. Dessa forma, a identificação das funções do Estado pelo critério orgânico ou subjetivo que busca o Poder ao qual se vincula, não conduz a resultado satisfatório. Também se mostra insuficiente o critério material, fundado no conteúdo das atividades realizadas no desempenho das diferentes funções, vez que um Poder pode praticar atos, materialmente atribuíveis, à função própria ou, conforme já apontado, típica de outro.³⁸

Uma vez demonstrados, em linhas gerais, o exato conceito e a efetiva abrangência dos termos funções estatais e Poderes do Estado, mister se faz proceder a uma tratativa, ainda que breve, a respeito das especificidades de cada uma dessas relevantes funções.

Acerca da função administrativa, também chamada executiva, do Estado, duas observações preliminares fazem-se necessárias.

A primeira delas refere-se ao fato de que se optou por não se fazer menção às inúmeras divergências doutrinárias existentes a respeito dessa função estatal. O mesmo se diga em relação a todas as demais funções que virão a ser analisadas.

A segunda diz respeito à forma pela qual se procurou abordar o tema. Preferiu-se analisar essa função mediante a adoção de seu duplo sentido, preconizado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁹.

Segundo essa autora, a essa atividade estatal são resguardados dois sentidos, a saber: o sentido objetivo e o sentido subjetivo.

No que se refere ao sentido objetivo, o conceito de atividade administrativa corresponderia ao atuar no sentido de traçar as diretrizes políticas do Estado. Assim, a depender da orientação seguida pelo Estado, seja ela liberal ou do *welfare state*, o exercente da atividade administrativa comportar-se-á de um ou de outro modo.

³⁸ TRUJILLO, Élcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Editora de Direito, 1995. p. 27.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2004. passim.

Quando se questiona acerca do sentido subjetivo, quer-se descobrir a quem cabe, no caso concreto, o exercício dessa função estatal. Estão incluídas no estudo desse sentido noções acerca da administração pública direta e indireta do Estado, dos órgãos públicos, dos agentes públicos, bem como das formas de responsabilização dos mesmos – essas últimas, objeto de estudo específico no presente trabalho.

Por função legislativa do Estado entenda-se aquela correspondente à atribuição de conceber, de forma inicial, o ordenamento jurídico do Estado. Por essa razão, a doutrina administrativista, de forma maciça, vislumbra, na lei, a tríplice característica: a abstração, a generalidade e a autonomia.

Diz-se ser a lei abstrata, uma vez que ela não se destina a alcançar fatos ou situações concretas, mas a totalidade dos casos que eventualmente venham a ela se amoldar. A generalidade, por sua vez, significa que a lei não se destina a pessoas determinadas, visando, sempre, a um número indeterminado de pessoas. O atributo da autonomia, próprio da lei, determina que somente os atos produzidos de acordo com as regras do devido processo legislativo podem introduzir disposições novas no ordenamento jurídico do Estado. Somente a lei, portanto, inova no ordenamento jurídico, atribuindo direito ao particular ou dele exigindo obrigação ou sujeição até então inexistente em qualquer outro comando normativo.

Essa é a razão pela qual se diz que a função administrativa própria ou típica de qualquer Poder do Estado, à exceção do Poder Legislativo, sempre decorre da lei.

Não é sem razão que, numa adaptação do conceito extraído da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰, podemos nos referir ao conceito de ato administrativo como sendo a declaração jurídica do Estado ou de quem lhe faça as vezes, decorrente do exercício da função administrativa do Estado, sujeita ao regime jurídico de Direito Público, praticada enquanto comando complementar da lei, sendo, em todo caso, sempre revisível pelo Poder Judiciário.

Cretella Júnior, acerca do conceito de ato administrativo, assim leciona:

[...] ato administrativo é a manifestação da vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções ou por qualquer pessoa que detenha nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.⁴¹

⁴⁰ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 69.

⁴¹ CRETELLA JÚNIOR. **Do ato administrativo**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977. p. 19.

Ou seja, aos demais Poderes do Estado, embora se reconheça a possibilidade de exercer a função de legislar, em caráter atípico, os comandos normativos oriundos do exercício dessa atividade jamais poderão se constituir em inovação ao ordenamento jurídico, devendo sempre a esse se conformar.

Essa afirmação, que, até bem pouco tempo atrás, constituía-se em verdadeiro dogma do Direito Administrativo, vem, contudo, perdendo a sua razão de ser.

Isso porque, muito embora existam doutrinadores ainda avessos à idéia, o texto da Constituição Federal é expreso no sentido da admissão dos chamados decretos autônomos⁴².

A citada aversão vem bem representada pelo magistério de Carlos Ari Sundfeld, quando refere:

O princípio da legalidade, somado à literalidade da própria norma constitucional – para quem a edição de regulamentos serve apenas à *fidel execução das leis* –, permite a imediata constatação de que, no sistema brasileiro, não há espaço senão para os regulamentos de execução. São estranhos ao nosso Direito os chamados regulamentos autônomos, produzidos pelo Executivo em matérias não reservadas ao legislador. Entre nós, todas as matérias devem ser tratadas em lei, cumprindo à Administração apenas aplicá-la.⁴³

Os chamados decretos autônomos em muito se diferenciam dos decretos de execução ou regulamentares. Os segundos têm por objeto aclarar o sentido da lei ou instrumentalizar o administrador público no sentido de melhor aplicá-la, deles não decorrendo qualquer obrigatoriedade senão àqueles que se lhe devem sujeição hierárquica imediata, ou, como ensina Geraldo Ataliba:

O regulamento não pode criar obrigações para terceiros, que não os subordinados hierárquicos do Chefe do Poder Executivo que o editou. O regulamento emanado do Presidente da República obrigará só os servidores da União. Não obriga os Estados nem os Municípios, nem os administrados da própria União, que só são obrigados pela lei.⁴⁴

Os decretos autônomos, por sua vez, não dependem de qualquer comando legislativo anterior para que tenham vigência e eficácia no ordenamento jurídico. Ao

⁴² Art. 84, inciso VI, *a e b*, da Constituição Federal de 1988.

⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 32.

⁴⁴ ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985. p. 112

contrário, retiram seu fundamento de validade diretamente do texto da própria Constituição Federal, conforme já se viu.

Aos decretos autônomos, portanto, tem sido reconhecida a característica da autonomia, restrita, porém, aos estritos casos constantes do texto constitucional.

A respeito desses, necessário trazer à baila o entendimento proposto por Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim, em artigo sobre o tema:

A recente emenda constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, além de trazer novo regramento sobre a edição de medidas provisórias, inseriu, outrossim, uma mudança de grande interesse doutrinário, que implica sérias conseqüências práticas. Tal mudança refere-se à introdução de uma nova modalidade de decreto no Direito brasileiro, qual seja, o decreto autônomo. Para melhor esmiuçar o tema proposto, válida a definição do que seja decreto, decreto de execução (regulamentar) e decreto autônomo. O termo decreto traduz um dos instrumentos de exercício do poder normativo da Administração Pública. É verdade que tal poder pode expressar-se através de outros instrumentos, tais como portarias, resoluções, instruções, etc. Há, basicamente, dois tipos de decretos, os tidos como de execução (também chamados regulamentares) e os autônomos. Os primeiros destinam-se, exclusivamente, a pormenorizar o fiel cumprimento da lei, ou seja, não podem inovar na ordem jurídica. Não podem introduzir direito novo, tampouco impor obrigações ou conceder direitos não previstos legalmente. Os segundos podem inovar na ordem jurídica, na falta de lei que trate do assunto ou no caso de matéria que lhe é reservada.⁴⁵

Por fim, cumpre-nos analisar a função judicante do Estado. Essa tem por finalidade dirimir os conflitos intersubjetivos de interesses surgidos da interação dos homens em comunidade.

Concretiza-se por intermédio da relação jurídica processual, em regra invocada pela parte que teve uma pretensão sua obstada pela resistência da outra⁴⁶.

O exercício da função judicante é típica dos órgãos integrantes do Poder Judiciário⁴⁷, cabendo-lhes, portanto, sempre que instados a fazê-lo, fazer cessar qualquer

⁴⁵ AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho da. A reintrodução do decreto autônomo com a E. C. 32/01. **Neofito**. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/informativo.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2007.

⁴⁶ A afirmação é plenamente justificada pelo fato de ser característica do poder jurisdicional do Estado a inércia, conforme estabelece o artigo 2º do Código de Processo Civil. Diz-se em regra porque há casos em que será possível ao próprio magistrado dar início à relação jurídica processual, ainda que a parte não a requeira. É o caso, por exemplo, do procedimento de inventário, quando se verifique a omissão de qualquer dos legitimados em requerer a sua abertura. É o que determina o artigo 989 do Código de Processo Civil.

⁴⁷ Art. 92 da Constituição Federal de 1988.

ameaça, seja efetiva ou potencial, a direito de quem quer que seja⁴⁸, aplicando o direito ao caso concreto.

Assim, uma vez cumpridas as disposições relativas ao devido processo legal⁴⁹, as decisões oriundas desse Poder estatal estarão revestidas do caráter de imutabilidade, ou, como prefere a doutrina processualista civil brasileira, ocorrerá a coisa julgada material.

Esse é o caráter que distingue as decisões proferidas pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário das decisões oriundas de qualquer dos outros Poderes do Estado – em caráter atípico, portanto –, ainda que tenham por objeto a composição de litígios.

⁴⁸ Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

⁴⁹ Art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988.

CAPÍTULO 2 DAS OBRIGAÇÕES E DA RESPONSABILIDADE

2.1 Das obrigações. Conceito e evolução do tema

Uma vez analisadas, ainda que em breves linhas, as mais relevantes observações acerca do conceito e da evolução do Estado, bem como a íntima relação havida entre esse e o desenvolvimento do homem em sociedade, não poderíamos descuidar do estudo, em capítulo próprio, dos temas das obrigações e da responsabilidade.

É de todos conhecida a relevância dos citados assuntos, o que bem proporcionaria, inclusive, uma análise de ambos os institutos em capítulos distintos do presente trabalho. Fez-se opção, contudo, por uma tratativa em conjunto de ambos em um único capítulo.

Isso porque o desenrolar do presente capítulo demonstrará a adoção da concepção doutrinária que entende ser a responsabilidade decorrência direta da obrigação, constituindo momento sucessivo desta.

Cabe-nos, num primeiro momento, desenvolver o tema das obrigações.

Deve-se observar, no entanto, que as obrigações, assim como acontece em relação ao Estado, decorrem, também, do desenvolvimento humano em sociedade e, por conseguinte, das formas como se dão as relações interindividuais.

A razão disso é que, como não se deve deixar de reconhecer, as obrigações têm o seu surgimento no exato momento em que é desperta no homem a necessidade de se agrupar em comunidade.

Já se disse ser o homem um ser eminentemente social. Esse instinto, próprio da condição humana, muito embora possa ser creditado a um sem número de fatores, deriva, em larga medida, do anseio que teve o indivíduo, particularmente considerado, de ver satisfeita uma necessidade de que era titular.

Ocorre, contudo, que a opção pela vida em comunidade faz cessar os interesses meramente privatísticos, derivando desses interesses que passam a ser de toda a coletividade.

Some-se a isso o fato de que a evolução do homem não pode ser considerada enquanto fenômeno meramente estanque, variando conforme o tempo e o lugar em que se procure situá-la.

Do atingimento de um determinado objetivo, todavia, decorre a necessidade de se buscar outro. Esse fenômeno, próprio, também, do homem, deriva da imensa variedade de interesses envolvidos nas relações entre os indivíduos.

Historicamente, muito cedo o homem percebeu que não detinha pleno poder sobre todos os bens existentes.

As pequenas comunidades eram, então, desprovidas dos meios necessários para atender a todas as necessidades de seus concidadãos.

O ordenamento jurídico, ainda incipiente, não obteve êxito na sua tarefa de tentar acompanhar as transformações por que passavam as relações interindividuais – o que ainda hoje ocorre.

Assim, uma vez que fora criado para evitar o aniquilamento e a submissão dos interesses das partes mais fracas pelas mais fortes, acabou por entrar em verdadeiro colapso.

O convívio entre os homens tornava-se insustentável.

Sob risco de extinção de sua própria espécie, a partir de um determinado momento o homem percebe que, não muito distante da comunidade que integra, existem outras, com necessidades bem próximas às da sua.

Muito embora esse contato inicial não tenha sido necessariamente amistoso, acabou por produzir, a longo prazo, a forma de solução dos conflitos por intermédio do diálogo e das cessões recíprocas.

A necessidade de satisfação dos interesses, fossem esses individuais ou pertencentes a toda a coletividade, fez, portanto, com que cada comunidade de pessoas, de alguma forma, viesse a se vincular a outra.

É essa a gênese das obrigações. Vê-se aqui, também, a fonte dos contratos.

A obrigação corresponde, assim, a um vínculo que une duas partes em torno de um determinado objeto. Caberia à primeira ceder aquele à outra, mediante o recebimento de alguma prestação, em geral conversível em bens de primeira necessidade, tais como gêneros alimentícios, vestuário, etc. Ou, simplesmente, como se extrai da obra Código Civil Comentado, “A obrigação é a relação jurídica por

intermédio da qual o sujeito passivo (devedor) se obriga a dar, fazer ou não fazer alguma coisa (prestação) em benefício do sujeito ativo (credor).”⁵⁰

De se recordar, também, o magistério de Washington de Barros Monteiro sobre o tema:

Obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio.⁵¹

A regra orientadora dessas relações, em geral costumeiras – e, portanto, não escritas –, impunha que aqueles que viessem a, porventura, obrigar-se, estariam vinculados ao cumprimento do acordo celebrado.

Ocorre, contudo, que, por vezes, uma das partes da relação citada simplesmente se abstinha da obrigação que lhe cabia. A outra, por sua vez, não dispunha de meios coercitivos para exigir a prestação aventada. Restava, assim, prejudicada, num claro locupletamento ilegítimo de uma parte em relação à outra.

As relações interindividuais encontravam-se novamente abaladas, daí decorrendo uma série de conflitos, o que já foi objeto de tratativa em momento anterior do presente trabalho.

Era preciso, assim, que fossem previstas regras específicas, as quais garantiriam às partes o direito de exigir da outra, caso essa não honrasse o que havia acordado, o cumprimento coercitivo da obrigação.

Percebe-se, todavia, que a mera previsão de uma norma de conduta a ser observada nessas relações, por si só, não era apta a garantir efetividade às obrigações. Era preciso ir além, outorgando-se ao ordenamento jurídico a previsão de soluções específicas para a hipótese tratada.

Corresponde a dizer, portanto, que a relação obrigacional, embora decorrente de um fenômeno advindo da evolução do homem em sociedade, transformou-se em uma relação jurídica, e, dessa forma, está sujeita às regras que lhe são próprias.

O fenômeno social, assim, reflete mais uma vez na órbita do Direito, como forma de proteção da parte que, eventualmente – já que, saliente-se, a regra é a de que as

⁵⁰ PELUSO, César (coord.). **Código civil comentado**. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Manole, 2007. p. 155.

⁵¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 34. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 19.

relações obrigacionais devam ser cumpridas por ambas as partes –, restasse prejudicada pelo inadimplemento, justificado ou injustificado, da outra.

Haja vista o aventado até o momento, estamos obrigados a uma correção quanto ao conceito do fenômeno jurídico-social da obrigação.

A obrigação corresponde, agora, portanto, a um vínculo pelo qual duas partes – credor e devedor –, acordos quanto a um determinado objeto – a prestação –, obrigam-se reciprocamente, ou, como leciona Orlando Gomes:

Relação obrigacional é o vínculo jurídico entre duas partes, em virtude do qual uma delas fica adstrita a satisfazer prestação patrimonial de interesse da outra que pode exigi-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante agressão ao patrimônio do devedor.⁵²

Ao eventual descumprimento do que fora devidamente acordado entre ambas, qualquer delas, antecipadamente, também se compromete a responder à parte contrária pelos prejuízos que de sua conduta advierem – o que é o vínculo jurídico.

2.2 Dos elementos, dos momentos, e dos efeitos das obrigações

Das idéias expostas no item anterior podem ser extraídos os três elementos que caracterizam a relação jurídica obrigacional, quais sejam: o elemento pessoal ou subjetivo, o elemento objetivo, e o vínculo jurídico, também chamado elemento espiritual.

A partir daqui passa a ser plenamente cabível uma análise mais apurada a respeito de cada um deles, sem, contudo, perdermos de vista o objeto do presente trabalho.

Compõem o elemento pessoal ou subjetivo as partes que mutuamente se obrigam a uma determinada conduta, seja ela comissiva ou omissiva. Assim, em toda espécie de obrigação, sempre se estará diante do credor e do devedor⁵³.

Ao credor é resguardada a posição de sujeito ativo da relação jurídica obrigacional, sendo aquele em benefício do qual advirá o cumprimento da prestação, objeto da relação.

⁵² GOMES, Orlando. **Obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 19.

⁵³ Cumpre ressaltar, porém, que os pólos da relação jurídica obrigacional, por vezes, podem se alternar. É o caso das chamadas obrigações ou contratos sinalagmáticos, em que ambas as partes são tidas como credoras e devedoras entre si, de modo que a cada uma delas tocam direitos e obrigações recíprocas.

Caberá ao devedor, por sua vez, enquanto parte passiva da citada relação, o dever de cumprir a prestação tal como avençada, seja no tempo, na forma ou lugar, sob pena de inadimplemento absoluto ou relativo⁵⁴.

A fim de que o devedor não se locuplete indevidamente da parcela do patrimônio despendida pelo credor quando da conclusão do ato ou negócio jurídico havido entre as partes, o ordenamento jurídico lhe impõe o dever de responder à parte contrária pelos eventuais danos advindos de sua conduta.

Quer-se com isso afirmar, portanto, que no que toca ao direito das obrigações, impera a regra de que a obrigação deve ser cumprida de forma espontânea pela parte que a ela se obrigou, de maneira voluntária.

Sendo caso, contudo, de descumprimento da obrigação referida, tornando a prestação de qualquer forma inútil para o credor, o próprio devedor, de antemão, já lhe assegura o direito de invadir o seu patrimônio pessoal, mediante atos materiais de disposição patrimonial advindos de autoridade pública competente para tanto – no caso, o Poder Judiciário –, a fim de satisfazer o direito que lhe cabe.

Do exposto até o presente momento tornam-se perfeitamente visualizáveis dois momentos distintos da relação jurídica obrigacional, a saber, a obrigação e a responsabilidade, o que se confunde com o que a doutrina denomina vínculo jurídico ou elemento espiritual das obrigações.

Dada a relevância do tema tratado, merece transcrição, nesse ponto, a lição de Álvaro Villaça Azevedo:

O elemento espiritual da obrigação é o vínculo jurídico, o liame, que liga os sujeitos, ativo e passivo, que participam da mesma, possibilitando àquele exigir deste o objeto da prestação. É um elemento imaterial, que retrata a coercibilidade, a jurisdicção, da relação jurídica obrigacional. Ele garante, em qualquer espécie de obrigação, o seu cumprimento, porque, se este não se realizar espontaneamente, realizar-se-á coercitivamente, com o emprego da força, que o Estado coloca à disposição do credor, por intermédio do Poder Judiciário.⁵⁵

⁵⁴ Muito embora seja comum se fazer referência ao termo inadimplemento relativo, o termo técnico-jurídico aplicável é mora.

⁵⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 34.

O primeiro deles, o débito, se insere no campo da liberdade individual de contratar, e alcança todos aqueles que tenham a livre administração do seu patrimônio⁵⁶.

Ao devedor é dada a oportunidade de proceder ao cumprimento voluntário da obrigação. Uma vez que não o faça, a obrigação adentra em seu momento sucessivo, qual seja, o da responsabilidade.

Assim, a responsabilidade somente terá incidência se e quando a obrigação não vier a ser satisfeita voluntariamente pelo devedor. Consiste essa, portanto, numa garantia dada ao credor quanto à satisfação de um direito que lhe assiste.

É plenamente possível afirmar-se, portanto, que o ordenamento jurídico privilegia aquele que cumpre voluntariamente a obrigação por ele consciente e voluntariamente assumida.

A esse respeito, inclusive, confira-se a doutrina de Nelson Rosenvald:

Certamente, a solução ideal para o término da relação obrigacional reside no cumprimento voluntário das obrigações de dar, fazer e não fazer, respeitando-se os requisitos das partes – quem paga e quem recebe –, modo, lugar e tempo do cumprimento do débito. Quando a prestação corresponde exatamente ao avençado, a relação exaure-se, desonerando o devedor e satisfazendo o interesse do credor.⁵⁷

Há casos, porém, em que o descumprimento de uma obrigação não gerará, necessariamente a responsabilidade. Tal se dará nos casos em que não seja possível imputar conduta dolosa ou culposa ao devedor em relação ao inadimplemento da obrigação⁵⁸, sendo exemplos o caso fortuito e a força maior.

Por fim, deve o estudo dos elementos das obrigações abranger o elemento objetivo dessas.

O elemento objetivo refere-se à conduta humana a que o devedor se obriga a prestar em benefício do credor, no momento da celebração do ato ou negócio jurídico havido entre ambos. É a própria prestação devida pelo devedor ao credor.

⁵⁶ Como forma de preservação do interesse coletivo, o ordenamento jurídico pátrio adotou como baliza a função social do contrato, princípio expresso no artigo 421 do Código Civil vigente.

⁵⁷ ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 220.

⁵⁸ E, também, nos casos em que, embora o inadimplemento decorra de culpa do devedor, esse conseguir comprovar que a impossibilidade de cumprimento da obrigação assumida adviria ainda que a coisa estivesse em poder do credor.

Enquanto conduta humana, o objeto da obrigação pode se exteriorizar tanto sob forma comissiva, como omissiva. Tal afirmação é justificável, sobretudo quando do estudo da classificação das obrigações proposta pela doutrina civilista nacional.

A necessidade de delimitação do tema, objeto da pesquisa, impede-nos, porém, de adentrar em profundidade a classificação das obrigações.

No entanto, no que se refere à classificação sob o prisma de seu objeto – ou seja, quando se leva em conta, justamente, a conduta a que se obrigou o devedor –, é imprescindível constar que essas podem ser de dar, de fazer e de não fazer ou abster-se de fazer.

Cito, novamente, a lição de Nelson Rosendal sobre o tema:

O objeto de qualquer relação obrigacional é a prestação, consistente na coisa a ser entregue (obrigação de dar) ou no fato a ser prestado (obrigação de fazer ou não fazer, importando invariavelmente em uma ação ou omissão do devedor.⁵⁹

No primeiro caso, o eventual descumprimento da obrigação assegurará ao credor socorrer-se do Poder Judiciário a fim de ver reconhecida a relação jurídica havida entre as partes e, conseqüentemente, condenado o devedor à prestação pela qual se obrigou.

Ao inadimplemento das obrigações de fazer, a sentença, além de reconhecer a obrigação havida entre as partes, impõe o cumprimento específico ou assegura o resultado prático correspondente, sob pena de incidência na chamada *astreints*⁶⁰.

Quanto às obrigações de não fazer ou de abster-se de fazer, a responsabilidade do devedor restará configurada sempre que adote conduta comissiva, no sentido de praticar ato ou fato a que se obrigou a não fazer ou tolerar. Caberá ao magistrado, portanto, sempre a pedido do credor, determinar que cesse o procedimento do devedor, incompatível com a vontade anteriormente manifestada.

O estudo dos elementos mencionados possui importância fundamental, repercutindo de forma direta no que diz respeito aos efeitos decorrentes da relação jurídica obrigacional havida entre credor e devedor.

E, muito embora a análise de alguns possam se traduzir em verdadeira obviedade, devem ser mencionados.

⁵⁹ ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 4

⁶⁰ Nos casos em que haja urgência, o Código de Processo Civil permite ao credor tomar iniciativas de defesa própria, o que se traduz em verdadeira autodefesa a seu dispor, legalmente permitida.

Dessa forma, são efeitos que decorrem da obrigação: a vinculação entre as partes que mutuamente se obrigam, o conteúdo econômico da prestação, o fato de responder o patrimônio do devedor pela satisfação do direito do credor, e a temporalidade das relações jurídicas obrigacionais.

A esse respeito, tem-se como o primeiro dos efeitos das obrigações o de vincular juridicamente as partes. Por intermédio dessa vinculação que uma das partes se compromete a oferecer à outra uma determinada prestação para o caso de vir a, de forma indevida, faltar à prestação pela qual se obrigou.

Note-se que o efeito mencionado corresponde ao próprio conceito de débito e de responsabilidade, mencionados em momento anterior do presente trabalho, e que constituem, como já se disse, momentos da relação jurídica obrigacional.

A prestação, objeto da obrigação, por sua vez, em geral deve ter conteúdo econômico, apreciável ou conversível em moeda ou em cujo valor nela se possa exprimir.

Segundo estabelece o Código Civil, deve, ainda, ser lícita – ou conforme ao direito –, possível – física e juridicamente –, perfeitamente determinada – que possa se distinguir de outra de mesmo gênero, qualidade e quantidade – ou, ao menos, determinável – o que se dá quando qualquer de suas características vier a ser objeto de escolha (ou concentração) no decorrer da execução do contrato.

Importante observação deve ser feita no momento. Diz respeito ao fato de que a responsabilidade pelo adimplemento das obrigações é sempre real⁶¹, ou seja, não pode incidir sobre a liberdade ou a vida do devedor, nem atingir seus sucessores para além das forças do patrimônio que lhes seja transferido, tal como se admitia em épocas remotas.

A esse respeito, de se conferir o magistério de Vicente Greco Filho:

Conta a história que a execução mais antiga se fazia na pessoa do devedor, *per manum injectionem*, podendo o devedor ser vendido pelo credor fora da cidade, *trans Tiberim*. Consta, até, que o devedor poderia ser esartejado, *partes secanto*, não se sabendo se tal ato seria real ou simbólico. O devedor que chegasse a tal situação perdia a condição de cidadão romano, *status civitatis*, a de membro de uma família, o *status familiae*, e a condição de liberdade, *status libertatis*, transformando-se em coisa, *res*.⁶²

⁶¹ Art. 591 do Código de Processo Civil.

⁶² GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 13. ed. v. 3. São Paulo, Saraiva, 2006. p. 10-11.

Assim, é o patrimônio do devedor, enquanto complexo de relações jurídicas, que responde pela satisfação do direito do credor.

Já se afirmou, também, que a obrigação gera um vínculo jurídico entre as partes contratantes.

Contudo, e a despeito da relevância que possa outorgar ao objeto da prestação, não se deve reconhecer à obrigação o caráter da perpetuidade.

Ou seja, o vínculo obrigacional é sempre transitório, devendo extinguir-se, seja pelo cumprimento espontâneo da obrigação, seja pelo decurso de um prazo determinado pela lei ou pela vontade das partes – a saber, a prescrição e a decadência⁶³.

Fundamenta-se a afirmação apontada na regra de segurança jurídica que orienta as relações jurídicas de modo geral.

2.3 Das obrigações em direito público

É sempre tormentosa a tarefa de se procurar definir os exatos limites e o âmbito de incidência das normas de Direito Público e das de Direito Privado. Nem mesmo as doutrinas que se propuseram a essa análise conseguiram chegar a bom termo.

Entretanto, as dificuldades iniciais não podem constituir-se em obstáculos na busca pelo conhecimento. Fosse assim, e ainda estaríamos à procura de fogo!

É momento, portanto, de se procurar distinguir as obrigações decorrentes das condutas individuais daquelas em que o Estado se faça, de qualquer modo, presente.

Não nos descuidamos de observar, numa consideração preliminar, a existência de parcela de doutrinadores – sobretudo aqueles que defendem a existência do chamado Direito Civil Constitucional – que chegam a afirmar, inclusive, ter a discussão perdido em parte a sua razão de ser. Fundamentam suas razões no fato de que o ordenamento jurídico vigente procura privilegiar, no todo, a publicização de conceitos e de institutos antes havidos como de caráter meramente privado e, portanto, de cunho egoístico.

⁶³ Cumpre ressaltar que, enquanto a decadência pode ser legal ou convencional, conforme esteja prevista na lei ou seja objeto de convenção entre as partes, a prescrição é somente legal.

Por um lado, a afirmativa tem a sua razão de ser.

Veja-se o caso, por exemplo, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Essa lei, acorde com a orientação já contida no texto constitucional de 1988, num reconhecimento da hipossuficiência de uma das partes da relação jurídica, outorgou a ela – no caso, o consumidor – uma série de prerrogativas, com finalidade eminentemente protetiva.

Constitui-se isso numa superação de conceitos, fundando-se um novo paradigma, seja em relação ao direito material – como, por exemplo, nas regras relativas à decadência –, seja em relação ao direito processual – no que toca às regras relativas à inversão do ônus da prova pelo juiz – até então vigente.

A partir da alteração do paradigma, outras normas foram surgindo. Dispositivos esparsos foram inseridos em normas, alterando-se a própria essência dessas.

A essas normas, contudo, podia ser oposto o inconveniente de serem meramente setorizadas. Ou seja, não tinham o condão de serem aplicadas à totalidade dos casos.

Foi preciso, então, estender os efeitos dessa publicização a uma norma de caráter geral, de forma a se fugir do mero arbítrio do magistrado quanto à sua aplicação ou não no caso concreto.

O exemplo mais recente desse comando normativo geral é o Código Civil vigente.

Isso porque das disposições nele contidas é possível perceber a sempre constante preocupação do legislador infraconstitucional com o caráter social das relações jurídicas individuais, contrariamente à orientação defendida pela lei revogada.

Entretanto, e muito embora não se negue a existência desse fenômeno – crendo-se que é, inclusive, salutar –, a verdade é que as relações que, de qualquer modo, envolvam o Estado devem ser objeto de estudo em separado, haja vista os interesses envolvidos nessas relações.

O estudo das obrigações em Direito Público, porém, não pode se descuidar de uma análise de cada um dos elementos das relações jurídicas obrigacionais em geral.

Essas obrigações, portanto, assim como as individuais, têm como elementos os sujeitos, o objeto e o vínculo jurídico. Cada um deles, porém, dentro da sua especificidade.

O desenvolvimento do presente tópico demonstrará que a necessidade de delimitação do tema levou a que se procedesse a um estudo relativo aos elementos

pessoal e espiritual das obrigações em direito público, o que, contudo, em nada afetará a pesquisa.

No que diz respeito ao objeto dessas relações, tem-se que esse vem expresso em disposições contratuais, o que importaria uma análise individual de cada um dos contratos que podem ser celebrados pelo Estado⁶⁴.

Por ora, portanto, cumpre simplesmente observar que, como já foi aludido em relação ao objeto, o ordenamento jurídico exige que esse seja lícito – ou conforme ao direito –, possível – o que diz com a aptidão de ser realizável, seja sob a ótica jurídica, seja sob a ótica material –, determinado ou, pelo menos, determinável – aquele que seja passível de se distinguir de outros da mesma espécie, qualidade e quantidade –, mas, sobretudo, moral – aquele que guarde conteúdo ético, compatível com a conduta de quem se encontre, ainda que temporariamente, no exercício do poder.

Quanto aos sujeitos da relação jurídica obrigacional, cumpre dizer que essas relações se caracterizam sempre que o Estado, de qualquer modo, faça-se presente.

Essa presença, no entanto, não deve ser entendida tão-somente sob a ótica do pólo ativo ou passivo dessas relações. Ao contrário, é possível que o Estado apenas detenha interesse preponderante no desenvolvimento dessas.

Assim, perfeitamente possível falar-se em obrigação em Direito Público, ainda que as partes contratantes sejam particulares. Será preciso que caiba a algum deles, porém, uma prestação que, de algum modo, seja de interesse do Estado.

Sabe-se que, onde quer que o Estado se faça presente – como parte ou como detentor de interesse prevalente –, as relações jurídicas deverão ser regidas por um conjunto próprio de normas.

A esse conjunto de normas dá-se o nome de regime jurídico de Direito Público, que se distingue, em absoluto, daquele que rege as relações jurídicas individuais.

Isso porque, enquanto as obrigações celebradas entre particulares são regidas pelo princípio da autonomia privada – vinculada, porém, ao atendimento da

⁶⁴ O efeito imediato dessa observação, porém, somente será sentido quando da análise da responsabilidade civil do Estado. Isso porque importa para o presente estudo a chamada responsabilidade aquiliana ou extracontratual, uma vez que a meramente contratual se encerra nas disposições específicas de cada um dos contratos eventualmente celebrados pelo Estado ou por quem o represente.

função social do contrato –, ao Estado é resguardada a tutela de interesses titularizados pela coletividade. Disso decorre, também, a indisponibilidade desses interesses por ele regidos.

Esse regime caracteriza-se, assim, pela outorga, em favor do Estado, de uma série de prerrogativas. Essas têm por finalidade dotá-lo dos meios necessários para fazer valer, no caso concreto e de forma efetiva, o interesse público.

Com efeito, enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o Direito Público assenta em princípio diverso, qual seja, o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais. Dessa desigualdade originária entre a Administração e os particulares resultam inegáveis privilégios e prerrogativas para o Poder Público, privilégios e prerrogativas que não podem ser desconhecidos nem desconsiderados pelo intérprete ou aplicador das regras e princípios desse ramo do Direito.⁶⁵

Por outro lado, e como forma de balizar e limitar a conduta daquele que se encontra no exercício do poder, são impostas uma série de sujeições. Essas constituem-se, portanto, em garantias à disposição do indivíduo contra o eventual exercício arbitrário do poder.

Muito embora as razões até então apontadas já se mostrem plenamente suficientes a fundamentar a imprescindibilidade da diferenciação entre as relações obrigacionais meramente individuais e aquelas que envolvam, de qualquer modo, a figura do Estado, cumpre-nos, ainda, analisar essas obrigações sob o prisma do seu elemento espiritual.

Já se disse que esse é o vínculo jurídico, que submete o patrimônio do devedor à solvência da obrigação por ele avençada, garantindo-se, assim, a satisfação do direito do credor.

Já foi mencionado, também, que é possível vislumbrar o Estado em qualquer dos pólos da relação jurídica – ativo ou passivo.

Com relação à situação em que venha a ocupar a posição de credor da relação obrigacional, não se fazem necessários maiores esclarecimentos.

A dúvida se impõe quando o Estado se faz presente na posição de devedor.

Ora, o regime jurídico regente dos bens estatais – que podem ser de uso comum, de uso especial, e dominiais – outorga-lhes a tríplice característica da inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade.

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 49.

A primeira delas significa que os bens do Estado, uma vez que vinculados a uma atividade específica, não são passíveis de alienação ou qualquer outra espécie de cessão válida pela pessoa do administrador público. Isso porque, conforme também já se disse, são bens que pertencem a toda a coletividade.

Cessa essa característica, no entanto, uma vez que for retirada – por lei autorizativa específica – aquela vinculação especial do bem, trazendo-o para o âmbito do patrimônio disponível do Estado.

Por impenhorabilidade entenda-se que os bens integrantes do patrimônio estatal não podem ser objeto de constrição judicial. Ou seja, nas execuções movidas contra o Estado, os pagamentos por ele devidos devem ser saldados pela via dos precatórios judiciais, que devem obedecer à rígida ordem cronológica de apresentação, salvo se se tratar de créditos de natureza alimentícia ou de valores excepcionados pelo artigo 100 da Constituição Federal.

O desatendimento do disposto no dispositivo mencionado viabiliza o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito, constituindo-se, portanto, em medida de extrema gravidade⁶⁶, plenamente reconhecida, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência pátria.

Por fim, cumpre analisar a característica da imprescritibilidade relativa aos bens públicos. Sendo a única característica a não admitir qualquer tipo de exceção ou condicionamento, consiste na impossibilidade de os bens públicos virem a ser objeto de usucapião⁶⁷, bem como de qualquer tipo de oneração por qualquer espécie de direito real de garantia, seja ele o penhor, a hipoteca e a anticrese.

É bem verdade que uma infinidade de outras observações seriam ainda cabíveis, no sentido de demonstrar a extrema utilidade e necessidade de uma efetiva diferenciação entre as obrigações regidas pelo Direito Privado e aquelas regidas pelo Direito Público – esse, saliente-se, permeado de normas que, por vezes, ab-rogam as de Direito Privado, por vezes determinam a sua aplicação em caráter subsidiário.

É preciso, porém, restringir o objeto do presente estudo, sob pena de se afastar do seu foco principal.

⁶⁶ Art. 100, § 2º, parte final, da Constituição Federal.

⁶⁷ A esse respeito, confira-se o exposto na Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais como os demais bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião”.

2.4 Da responsabilidade propriamente dita. Responsabilidade civil e penal – uma distinção necessária

A responsabilidade, já se disse, corresponde ao momento sucessivo da obrigação. Por meio dela o devedor se obriga, desde o momento da celebração do negócio jurídico havido entre as partes, a responder com o seu patrimônio pela eventualidade de a prestação, objeto da obrigação, não vir a ser por ele cumprida no tempo, lugar e modo devidamente convencionados.

É esse, inclusive, o próprio conceito do vocábulo responsabilidade, ou, segundo o disposto na lição de José Carlos de Oliveira:

Etimologicamente, responsabilidade deriva do latim *respondere*, responder, e, deste sentido, promana o seu significado técnico jurídico, ou seja, responsabilizar-se, tornar-se responsável, ser obrigado a responder. A responsabilidade é expressão que serve para indicar a situação de todo aquele a quem, por qualquer título, incumbem as conseqüências de um fato danoso (Zanobini, 1952, p. 269).⁶⁸

Do conceito exposto deve ser extraído que, muito embora a responsabilidade seja da própria essência do vínculo obrigacional, que une temporariamente credor e devedor, constitui-se numa eventualidade, ou seja, não estará necessariamente presente.

Ou seja, a sua existência pressupõe, de qualquer modo, o inadimplemento pelo devedor.

A responsabilidade, assim como a obrigação – até porque decorre dela –, é, também, um fenômeno eminentemente social. Ou seja, nasce com o homem e tende a somente por ação dele desaparecer.

Seu nascimento se deu no exato momento em que da prática cotidiana se fez notar que em um número considerável de negócios jurídicos nem sempre era possível a uma das partes cumprir com a prestação tal qual originalmente avençado.

A esse respeito, é a lição de Élcio Trujillo sobre o tema:

⁶⁸ OLIVEIRA, José Carlos de. **Responsabilidade patrimonial do Estado**: danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos. Bauru, SP: Edipro, 1995. p. 15.

De todos os seus significados, fundados nas mais diferentes doutrinas, aquele que mais imune tem se colocado às críticas é o que adota a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social. Este instituto não é um fenômeno exclusivo da vida jurídica, mas antes, vincula-se a todos os campos de atuação da vida social.⁶⁹

Merece transcrição, igualmente, a doutrina de João Francisco Sawen Filho:

O conceito de responsabilidade é bastante difícil de ser fixado, embora o seu conceito, antes mesmo de ser assimilado, quase que é sentido por nós em nossa vida cotidiana, isso porque toda a atividade humana, em qualquer campo que se exerça, traz em si problema da responsabilidade. Entretanto, o seu conceito, variando de acordo com os aspectos que possa abranger, determina uma diversificada gama de entendimentos que se amoldam a esta ou àquela posição doutrinária, conforme as teorias filosóficas que os inspiram.⁷⁰

A despeito do caráter social, próprio também da responsabilidade, num determinado momento coube ao Direito outorgar-lhe a devida proteção.

Isso, por um lado, privilegiava aquele que visse, de qualquer modo, reduzido o seu patrimônio, em virtude da conduta do devedor, na medida em que disporia de meios próprios para se insurgir contra o patrimônio desse.

De outro lado, outorgava proteção ao próprio devedor, nas hipóteses em que o dito inadimplemento não decorresse de conduta culposa sua. Nessa hipótese, a conduta do devedor passou a ser considerada justificável, exonerando-o de qualquer responsabilidade, ainda que fosse possível vislumbrar dano para o credor.

Toda a teoria formulada acerca da responsabilidade, bem como a sua previsão e instrumentalização pelo Direito, tinha por finalidade evitar que o homem retornasse ao mecanismo da autotutela, com todos os seus inconvenientes, o que, inclusive, já foi objeto de tratativa anterior.

Note-se que até o momento restringi-me a analisar o conceito de obrigação decorrente de manifestações de vontade de partes, tendente à formação de preceitos privados.

Tal idéia é acertada. Todavia, não está completa.

Isso porque as condutas geradoras da responsabilidade do agente podem advir de outros fatores para além daqueles decorrentes da mera manifestação de vontade.

⁶⁹ TRUJILLO, Élcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Editora de Direito, 1995. p. 30.

⁷⁰ SAWEN FILHO, João Francisco. **Da responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 1.

Os romanos conheciam quatro fontes de obrigações. A primeira delas era o contrato – *conventio* –, em face da qual as partes mutuamente expressavam as suas vontades, tendo por fim imediato a celebração de negócios jurídicos. Ao lado dessa, encontrava-se o chamado quase contrato, que, a despeito de vincular as partes quanto a uma determinada prestação, não trazia ínsita a declaração de vontade.

Percebeu-se, de outro lado, que as obrigações não decorriam, necessariamente, da prática de atos lícitos, ou conformes ao ordenamento jurídico vigente. Por vezes, poderiam decorrer de um comportamento da parte contrário ao Direito.

Era o que ocorria com o delito, que pressupunha a exteriorização de uma conduta dolosa, importando, dessa forma, voluntariedade e intenção de uma das partes, dirigida à causação de dano à outra. Mas não é só.

Outras vezes, esse comportamento decorria da inobservância de um dever de cuidado objetivo, sem que houvesse a específica vontade da parte de lesar à outra. Era o se conhecia por quase delito.

Já tive a oportunidade de enfatizar que a finalidade do surgimento do ordenamento jurídico não é outra senão a de ordenar as condutas individuais como forma de possibilitar a existência e o desenvolvimento harmônico de um determinado corpo social.

O descumprimento dos deveres de conduta, por sua vez, sempre se fizeram presentes, e é plenamente possível afirmar-se que jamais deixarão de existir.

Na vida em comunidade, é possível perceber a existência de indivíduos que se sujeitam à lei, bem como de outros que a ela são absolutamente avessos. Os fatores que determinam os agentes a atuarem nesse sentido constituem, porém, matéria afeta a outras disciplinas, tais como a sociologia e a criminologia.

Assim agindo, porém, devem se sujeitar à consequência advinda de sua própria conduta, tornando-se responsáveis, seja em relação aos demais indivíduos, seja em relação à própria vítima.

Assim, sendo o comportamento do agente orientado no sentido do que estabelecia o ordenamento jurídico ou não, certo é que, na hipótese de advirem danos à parte contrária, estará o agente causador obrigado a indenizar.

O fator distintivo entre as hipóteses corresponde à natureza da sanção imposta ao transgressor da ordem jurídica, que pode consistir numa pena ou na devolução à vítima da quantia correspondente ao dano por ela experimentado.

A ilicitude – é de todos sabido – não é uma peculiaridade do Direito Penal. Sendo ela essencialmente, contrariedade entre a conduta e a norma jurídica, pode ter lugar em qualquer ramo do Direito. Será chamada de ilicitude penal ou civil tendo exclusivamente em vista a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente. No caso do ilícito penal, o agente infringe uma norma penal, de Direito Público; no ilícito civil, a norma violada é de Direito Privado.⁷¹

Quando atingido bem de valor inestimável para os indivíduos, tal como a vida ou a integridade física, essa conduta será rotulada pelo Direito como criminosa. Essas condutas, por gerarem extremo grau de instabilidade ao corpo social, devem ser mais severamente perseguidas e castigadas pelo Direito, inclusive com incidência da tutela do Estado – *jus puniendi* – sobre a própria liberdade do indivíduo – *jus libertatis*.

Trata-se, portanto, da chamada responsabilidade penal imposta ao delinqüente, pressupondo, sempre, que tal se dê apenas após a observância do princípio constitucional do devido processo legal⁷².

A essas condutas são impostas as penas, objetos de estudo específico do Direito Penal.

Outras vezes, porém, o comportamento do agente não configura crime.

Nesses casos, a sanção a ele respectiva – que não mais se traduz numa pena, mas sim no equivalente pecuniário experimentado pela vítima – deve incidir já não mais sobre a pessoa do devedor, mas sobre o patrimônio a ele pertencente.

Temos, aqui, a chamada responsabilidade civil.

Muito embora se trate de temas diversos, não raras vezes, a segunda forma de responsabilidade pode decorrer diretamente da primeira.

Ou, como leciona João Francisco Sauwen Filho:

Não obstante, existem lesões patrimoniais decorrentes do atuar humano que se enquadram em um tipo penal, erigido em crime na legislação pertinente e, nesse caso, dois serão os lesionados, a vítima em seu patrimônio e a sociedade em sua ordem jurídica e social. Nesse caso,

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36.

⁷² Art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

coexistem as duas responsabilidades como decorrência de um mesmo ato, a civil e a criminal.⁷³

É o que ocorre, por exemplo com a ação civil *ex delicto*, movida pela vítima ou seus sucessores contra o autor do fato classificado, pela lei, como criminoso.

No que diz respeito ao bem jurídico protegido pela lei norma penal incriminadora, a lesão causada pelo crime tanto pode atingir, diretamente a coletividade do corpo social, sem a completa particularização ou personificação da vítima, tal como ocorre com o tráfico de drogas, por exemplo, como pode afetar mais intensamente o patrimônio (moral ou econômico) de determinada pessoa.

Na segunda hipótese, tais condutas darão ensejo a intervenções judiciais distintas da resposta penal, diante da diversidade e pluralidade de graus de ilicitude que as acompanham. Nestas situações, quando a repercussão da infração houver de atingir também o campo da *responsabilidade civil*, terá lugar a chamada ação civil *ex delicto*, que outra coisa não é senão o procedimento judicial voltado à recomposição do dano civil causado pelo crime.⁷⁴

O fundamento da ação apontada é o título executivo gerado com a sentença penal condenatória proferida em desfavor do agente⁷⁵.

O ordenamento jurídico é expresse, portanto, no sentido de admitir essa responsabilização materializada na sentença penal condenatória.

Em relação à sentença absolutória, porém, refere apenas que essa obstará a que seja intentada a ação referida nos casos em que se tenha reconhecido ter a conduta se originado de uma das excludentes da ilicitude previstas na lei⁷⁶, ou ter sido reconhecida, de forma expressa, a inexistência material do fato⁷⁷.

Não deve ser esquecido, porém, que as causas determinantes da absolvição do agente podem ter origem tanto na malícia processual de uma das partes – quando não de ambas – quanto, até mesmo, na errônea interpretação do direito pelo magistrado.

O ordenamento jurídico vigente, todavia, não oferece solução para a hipótese.

Nesses casos, inviabilizado o exercício da ação civil *ex delicto*, restaria a vítima duplamente apenada. Primeiro, pelas conseqüências advindas da prática da conduta

⁷³ SAWEN FILHO, João Francisco. **Da responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 15.

⁷⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 163.

⁷⁵ Art. 63 do Código de Processo Penal.

⁷⁶ Art. 23 do Código Penal.

⁷⁷ Arts. 65 e 66 do Código de Processo Penal.

criminosa. Segundo, pela impossibilidade de mover contra o agente a competente ação de ressarcimento dos danos por ela experimentados.

Assim, essa que sempre se pautou por determinar sua conduta nos estritos limites dos comandos legais, ver-se-ia desprotegida por um ordenamento cuja origem teve por finalidade lhe dar guarida.

Teríamos, aqui, hipótese em que deveria ser responsabilizado civilmente o próprio Estado, sob pena de perpetuação de uma clara situação de injustiça.

Isso porque os juízes são considerados órgãos detentores de parcela do poder estatal, agindo em nome do Estado, portanto, para a consecução de suas finalidades.

É o que se procurará analisar a partir de agora.

Não deve ser esquecido que, embora a lei preveja a responsabilização do magistrado, nos casos de dolo ou fraude⁷⁸, por se tratar de hipótese de responsabilização pessoal do agente, foge aos objetivos do presente estudo.

⁷⁸ Art. 133, inciso I, do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO 3 DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO

3.1 Das atividades do Estado de que decorra dano ao particular. Obrigação de indenizar

O capítulo que ora se inicia tem por objeto a tratativa da responsabilização do Estado, que corresponde às hipóteses em que esse será instado a responder pela indenização de um dano experimentado pelo particular, advindo do exercício das atividades de quaisquer dos Poderes do Estado. Reitere-se, todavia, que se trata de uma análise meramente superficial, já que corresponde a considerações iniciais a respeito do tema.

Quando se pretende analisar a questão da responsabilização do Estado, é imprescindível, desde já, estabelecer que, assim como ocorreu quando da análise do nascimento e desenvolvimento desse ente, é a atividade humana que acaba por determinar as formas pelas quais essa se dará, conforme se verá. A esse respeito, inclusive, Marco Fábio Morsello ensina:

A importância da responsabilidade civil, ao longo da História, denotou ampliação condizente com as mudanças econômicas, sociais e políticas, cuja complexidade crescente é inquestionável no mundo contemporâneo. Com efeito, influxos (*inpitus*) provenientes do sistema social exigiram que referido instituto pudesse desempenhar, a contento, sua função de reparação, com a justa compensação à vítima, sem prejuízo da função de retribuição ao causador do dano-evento, como observam Philippe Le Torneau e Loïc Caldiat⁷⁹.

O atendimento aos interesses inadiáveis da sociedade é o que rege a atuação do Estado, e traduz-se no parâmetro a ser seguido por aquele que se encontra no exercício do poder.

Porém, ainda que seja essa a sua finalidade precípua, não devemos perder de vista que o mero exercício dessa atividade – vista sob a ótica de qualquer dos Poderes constituídos que a exercem, seja em caráter típico ou atípico –, por vezes mostra-se apto a gerar uma série de inconvenientes àqueles que devam sujeição e obediência aos comandos normativos dele oriundos.

Frederico dos Santos Messias, em artigo sobre o tema, assim se manifesta:

⁷⁹ MORSELLO, Marco Fábio. A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Ano 7, n. 2, jul./dez. 2006. p. 13-22.

Neste diapasão, para a viabilização de todas essas atividades visando à satisfação plena do interesse público, por fim primordial buscado pela atividade estatal, faz-se necessário que o Poder Público atue de forma efetiva perante os administrados, podendo, contudo, no realizar de suas atividades causar danos à terceiros, por meio de comportamentos materiais ou omissões, que devem indubitavelmente, serem reparados, como forma de resguardar a confiança do administrado em seus administradores.⁸⁰

É preciso ressaltar, todavia, que, em alguns casos, muito embora esses inconvenientes se façam presentes, deverão ser tolerados pela sociedade.

Isso porque se mostram plenamente adequados ao próprio atendimento do bem comum.

Corroborar a tese afirmada o pensamento de Octavio Pelucio Ottoni Pizato:

Com efeito, situações há em que o interesse privado deva ser sacrificado para que haja a satisfação de um interesse coletivo, ou seja, público. Note-se que ambos os interesses neste caso são tutelados pelo Estado, porém, por circunstâncias diversas, não pode o Estado satisfazer o segundo sem que isto importe em reais supressões ao direito de outrem, dando-se, a equivalência destes direitos sob a égide do princípio da legalidade que por sua vez é consagrado pelo ordenamento jurídico pátrio vigente.⁸¹

Tal se dará, por exemplo, nas hipóteses de exercício de qualquer dos poderes de que é investida a administração pública no desempenho das atividades que lhe são próprias, desde que não se afigure abuso ou ilegalidade.

Quanto aos poderes outorgados ao Estado, a doutrina administrativista têm-nos por instrumentos postos à disposição do Poder Público para melhor fazer valer a atuação do Estado no atendimento ao interesse público.

Sua natureza instrumental faz, assim, com que se distingam dos já mencionados Poderes do Estado.

A esse respeito, inclusive, Hely Lopes Meirelles já lecionava.

Para bem atender o interesse público, a Administração é dotada de poderes administrativos – distintos dos poderes políticos – consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são atribuídos. Tais poderes são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas. Daí serem considerados poderes instrumentos, diversamente dos poderes políticos, que são

⁸⁰ MESSIAS, Frederico dos Santos. Responsabilidade da administração pública. **Neofito**. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/admin34.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2007.

⁸¹ PIZATO, Octavio Pelucio Ottoni. Breve histórico da responsabilidade extracontratual do Estado e seu tratamento no direito positivo brasileiro. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5272>>. Acesso em: 20 jul. 2007.

estruturais e orgânicos, porque compõem a estrutura do Estado e integram a organização constitucional.⁸²

A despeito da relevância que possa ter cada um deles, em função do já apontado dever de racionalização da pesquisa, ganham especial importância, no momento, as considerações acerca do poder de polícia do Estado.

Esse é o poder que tem a administração de limitar a esfera de atuação dos direitos individuais, de forma a melhor adequar o exercício desses ao perfeito atendimento do interesse coletivo. A doutrina administrativista não logrou bom êxito na tentativa de buscar uma conceituação única para esse poder. Prova disso é a inúmera variedade de conceitos encontrados nas mais diversas obras existentes.

Aproveitamo-nos, aqui, novamente, das lições expendidas por Hely Lopes Meirelles:

Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particularidades que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.⁸³

Muito embora se trate de matéria essencialmente afeita ao Direito Administrativo, e que tem ali as suas bases, vem do Direito Tributário a melhor abordagem acerca do tema. Isso, em razão de constituir o exercício regular desse poder uma das hipóteses de incidência da espécie tributária taxa⁸⁴. Prova disso se encontra na doutrina de Hugo de Brito Machado:

Antes do advento do CTN, já os administrativistas conceituavam o poder de polícia como a faculdade discricionária da Administração Pública de restringir e condicionar o exercício dos direitos individuais com o objetivo de assegurar o bem-estar social.

Exercendo o poder de polícia, ou mais exatamente, exercitando atividade fundada no poder de polícia, o Estado impõe restrições aos interesses individuais em favor do interesse público, conciliando esses interesses.⁸⁵

Mas, se por um lado não se conseguiu extrair um perfeito delineamento doutrinário para o conceito desse poder, o mesmo não se pode dizer em relação ao legislador.

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 116.

⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 131.

⁸⁴ Art. 145, inciso II, primeira parte, da Constituição Federal.

⁸⁵ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 422.

Esse, no artigo 78 do Código Tributário Nacional, não somente forneceu-nos conceituação bastante segura desse poder, como, também, estabeleceu os parâmetros em que o exercício constituirá atuação legítima, adequada e proporcional, e, assim, de observância coercitiva por parte dos administrados.

Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão do interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.⁸⁶

Assim, uma vez que o exercício desse poder se dê nos estritos limites exigidos pela lei – constituindo-se, portanto, em atuação regular do Estado –, estará o particular obrigado a se sujeitar a ele, não lhe sendo reconhecido o direito de opor qualquer resistência.

A doutrina aponta diversos exemplos de atuação regular do poder de polícia do Estado.

Pode ser mencionado, aqui, o dever que têm os proprietários de imóveis urbanos de não edificar sobre determinada área da propriedade de que são titulares, com a finalidade de proporcionar à municipalidade a instalação de instrumentos públicos, tais como as calçadas, dentre outros. A jurisprudência, instada a se manifestar a respeito do dever mencionado, assim deixou expresso:

PROPRIEDADE – Área *non aedificandi* – Margem de rodovia – Área sujeita ao poder de polícia da DERSA, devendo eventuais projetos ser por ela apreciados – Ação improcedente – Recurso provido (Relator: Scarance Fernandes – Apelação Cível n. 177.074-2 – São Vicente – 18.8.92).⁸⁷

Outro exemplo dá-se nas hipóteses em que se impõe ao particular a demolição de um imóvel de que seja titular, que ameaça ruir e, com isso, danificar a propriedade alheia.

MANDADO DE SEGURANÇA – Objetivo – Permanência de atividade comercial em prédio ameaçado de ruína – Inadmissibilidade – Recurso provido para denegar a segurança. Administração Pública agiu dentro de seu poder de polícia, garantindo a segurança da coletividade, uma vez que o prédio estava ameaçado de desabamento. Nessa hipótese não há que se falar em ilegalidade administrativa (Relator: Flávio Pinheiro – Apelação Cível 138.854-1 – São Roque – 09.04.91).⁸⁸

⁸⁶ Artigo 78 do Código Tributário Nacional.

⁸⁷ Extraído da Biblioteca Virtual do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <[>. Acesso em: 16 ago. 2007.](http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br/acervo/principal.nsf/Result_Juris?OpenForm&ID=22382&FORM=.)

⁸⁸ Extraído da Biblioteca Virtual do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <[>. Acesso em: 16 ago. 2007.](http://www.biblioteca.tj.sp.gov.br/acervo/principal.nsf/Result_Juris?OpenForm&ID=19375&FORM=.)

Nesses casos, porém, em face da excepcionalidade, o exercício desse poder somente ter-se-á por regular, se for atendido, também, o requisito da proporcionalidade, e constituir a única e última medida à disposição do Poder Público para fazer cessar o perigo.

Os meios devem ser legítimos, humanos e compatíveis com a urgência e a necessidade da medida adotada. A demolição de obras, a destruição de bens particulares, o emprego de força física, só se justificam como expedientes extremos do Poder Público. Enquanto houver outros modos de realizar a medida de polícia e outras sanções menos violentas não se autorizam os atos destrutivos da propriedade, nem interdições sumárias de atividades, nem a coação física para impedir o exercício de profissões regulamentadas⁸⁹.

É bem verdade que, sempre que se refere ao exercício do poder de polícia, a primeira idéia é a de relacioná-lo ao exercício da atividade administrativa ou executiva do Estado.

Esse, porém, muito embora seja um erro comum, no qual incidem muitos daqueles que se aventuram na seara do estudo do Direito Administrativo – portanto, escusável –, deve ser evitado, tanto quanto seja possível.

Isso porque o exercício desse poder também se faz presente quando da atuação dos demais Poderes constituídos do Estado.

Veja-se, por exemplo, a edição das leis, no que se relaciona à atividade típica do Poder Legislativo. Essas, desde que observados os estritos termos do devido processo legislativo⁹⁰, impõem-se à observância dos particulares, independentemente da eventual concordância ou discordância desses.

O respeito ao devido processo legislativo na elaboração das espécies normativas é um dogma corolário à observância do princípio da legalidade, consagrado constitucionalmente, uma vez que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada pelo Poder competente, segundo as normas de processo legislativo constitucional, determinando dessa forma a Carta Magna quais os órgãos e quais os procedimentos de criação das normas gerais, que determinam, como ressaltado por Kelsen “não só os órgãos judiciais e administrativos e o processo judicial e administrativo, mas também os conteúdos das normas individuais, as decisões judiciais e os atos administrativos que devem emanar dos aplicadores do direito”.⁹¹

Importa-nos mais de perto, porém, a atuação do Estado pela via jurisdicional.

Mas, para não correremos o risco de nos alongar no aprofundamento do tema, tenhamos como parâmetro de consideração a prática da conduta criminosa.

⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 141.

⁹⁰ Artigos 59 e seguintes da Constituição Federal.

⁹¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 524.

Nesse ponto, temos que a sanção penal pode ser considerada como exemplo de exercício do poder de polícia pelo Estado. Vejamos.

Quanto às infrações penais, é sabido que a lei exige a previsão da conduta criminosa, além da sanção a ela respectiva, anteriormente à prática dessa.

É esse, inclusive, um dos postulados do sistema jurídico-penal vigente⁹²: *não há crime sem lei anterior que o defina, não há pena sem prévia cominação legal – nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*⁹³.

Trata-se de uma garantia que toca ao indivíduo, de não ter um comportamento seu indevidamente criminalizado, senão quando se trate de um fato que a própria lei considere contrária ao direito e, portanto, passível de punição.

Fernando Capez, a esse respeito, assim se expressa:

Trata-se de garantia constitucional fundamental do homem. O tipo exerce função garantidora do primado da liberdade porque, a partir do momento em que se pune alguém pela prática de crime previamente prevista definido em lei, os membros da coletividade passam a ficar protegidos contra toda e qualquer invasão arbitrária do Estado em seu direito de liberdade. O princípio contém uma regra – segundo a qual ninguém poderá ser punido pelo poder estatal, nem sofrer qualquer violação em seu direito de liberdade – e uma exceção, pela qual os indivíduos somente serão punidos se, e quando, vierem a praticar condutas previamente definidas em lei como indesejáveis

Podemos, portanto, assim resumir: o princípio da legalidade, no campo penal, corresponde a uma aspiração básica e fundamental do homem, qual seja, a de ter uma proteção contra qualquer forma de tirania e arbítrio dos detentores do exercício do poder, capaz de lhe garantir a convivência em sociedade, sem o risco de ter sua liberdade cerceada pelo Estado, a não ser nas hipóteses previamente estabelecidas em regras gerais, abstratas e impessoais.⁹⁴

Alberto Silva Franco, também em lição sobre o tema, citando Gonzalo Rodrigues Mourullo, leciona:

A origem e o predominante sentido do princípio da legalidade foram fundamentalmente políticos, na medida em que, através da certeza jurídica própria do Estado de Direito, se cuidou de obter a segurança política do cidadão. Assim Sax acentua que o princípio do *nullum crimen nulla poena sine lege* é consequência imediata da inviolabilidade da dignidade humana, e Arthur

⁹² Artigos 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal.

⁹³ Heleno Cláudio Fragoso, em lição sobre o tema, deixa expresso: “Essa regra básica denomina-se princípio da legalidade dos delitos e das penas ou princípio da reserva legal, e representa importante conquista de índole política, inscrita nas Constituições de todos os regime democráticos e liberais” (**Lições de direito penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 89).

⁹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37-38.

Kauffmann o considera como um princípio concreto de Direito Natural que se impõe em virtude de sua própria evidência.⁹⁵

A garantia apontada não se encerra, porém, na mera necessidade de previsão legislativa da conduta.

Faz-se necessário, ainda, que essa mesma lei seja anterior à própria conduta perpetrada pelo agente, de forma a se vedar a atribuição de crimes a situações determinadas ou pontuais, ou, como leciona Flávio Augusto Monteiro de Barros, “A lei que cria o crime e a pena deve ser anterior ao fato que se pretende punir.”⁹⁶

Instado a se manifestar acerca da existência e do alcance do citado princípio, o Supremo Tribunal Federal assim entendeu:

Penal. Habeas corpus. Princípio da anterioridade da lei. Desrespeito. Ação penal. Trancamento. O princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, inscrito no art. 5º, XXXIX, da Carta Magna, e no art. 1º, do Código Penal, consubstancia uma das colunas centrais do Direito Penal dos países democráticos, não se admitindo qualquer tolerância sob o argumento de que o fato imputado ao denunciado pode eventualmente ser enquadrado em outra regra penal. Se ao réu imputa-se um fato que somente em lei posterior veio a ser definido como crime, a denúncia não tem vitalidade por ferir o princípio da anterioridade, impondo-se o trancamento da ação penal. Recurso ordinário provido. *Habeas corpus* concedido.⁹⁷

Portanto, uma vez que essa previsão se dê de forma antecedente à conduta perpetrada pelo agente, esse passa a conhecer, já de antemão, as conseqüências da sua ação na órbita jurídica, não podendo a elas se opor, exceto quando a sua conduta tenha sido motivada por alguma das causas excludentes da ilicitude previstas na lei penal⁹⁸.

Não nos descuidemos, ainda, de considerar que a imposição da pena, no caso concreto, somente se dará após observado o devido processo legal, como, aliás, determina o ordenamento jurídico vigente⁹⁹.

Quis-se com o que foi expendido até o momento demonstrar que na grande maioria das relações em que o Estado se faça, de qualquer modo, presente, os eventuais inconvenientes suportados pelos indivíduos devem ser entendidos como mera decorrência necessária ao próprio atendimento do bem comum, e devem, por essa razão, ser tolerados por esses, não lhes sendo válido opor nenhuma resistência.

⁹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 38. Nota 29.

⁹⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 55.

⁹⁷ RHC 8.171 – CE – DJU de 5-4-1999. p. 153.

⁹⁸ Artigo 23, *caput*, do Código Penal.

⁹⁹ Artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Em outras ocasiões, contudo, o comportamento adotado por aquele que se encontra no exercício do poder – ainda que de forma temporária – nem sempre se coaduna com o que lhe é exigido.

Nesses casos, os inconvenientes extrapolam os limites do tolerável, passando a afetar, de forma mais direta, o âmbito das relações Estado *versus* indivíduo, acarretando uma série de danos.

Passa-se a exigir do ordenamento jurídico, então, a solução desses novos conflitos. Ou, como prefere Maria Helena Diniz:

Deveras, a todo instante surge o problema da responsabilidade civil, pois cada atentado sofrido pelo homem, relativamente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, constitui um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial, tornando imprescindível a criação de soluções ou remédios – que nem sempre se apresentam facilmente, implicando indagações maiores – que sanem tais lesões, pois o direito não poderá tolerar que ofensas fiquem sem reparação. Quem deverá ressarcir esses danos? Como se operará a recomposição do *status quo ante* e a indenização do dano? Essa é a temática da responsabilidade civil.¹⁰⁰

Nasce, aqui, a idéia de uma eventual responsabilização do Estado, que, nas palavras de Yussef Said Cahali, deve ser entendida como “a obrigação legal que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados por suas atividades a terceiros”¹⁰¹.

3.2 Dos fundamentos da responsabilização do Estado

O estabelecimento do exato modelo no qual se encaixa o estudo da teoria da responsabilidade do Estado constitui tarefa sobremaneira árdua e complexa.

Essa é a razão pela qual, ainda hoje, podemos notar uma extensa fileira de autores que se debruçam sobre os seus delineamentos.

Isso porque a idéia da imposição de um dever ao Estado de responder pelo eventual prejuízo suportado por um indivíduo que, de ordinário, dever-lhe-ia submissão decorre diretamente da própria teoria geral da responsabilidade civil – essa, porém, especificamente aplicável no âmbito das relações jurídicas havidas entre particulares.

¹⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 16. ed. 7. v. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 3.

¹⁰¹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, [1995]. p. 1

Não é demais lembrar que as relações em que o Estado participe – seja como parte, seja enquanto detentor de interesse preponderante – constituem mera decorrência das relações jurídicas havidas entre os particulares.

Essas relações, todavia, marcadas que são pelo traço característico da autonomia privada – hoje delimitada pelos ditames da boa-fé objetiva, da probidade e da função social dos contratos –, passaram a exigir dos estudiosos do tema da responsabilidade pública a busca por um novo fundamento para a imposição da obrigação de indenizar¹⁰².

Isso, em razão dos interesses envolvidos nessas relações, sobretudo em razão da aplicação do chamado regime jurídico de Direito Público, com o predomínio de seus princípios e de regras próprias e derogatórias do regime jurídico de Direito Privado.

Assim, a forma de aplicação da teoria da responsabilidade civil – oriunda do direito romano – já não mais poderá servir-nos na sua inteireza.

A doutrina, inclusive, já atentava para isso¹⁰³.

Élcio Trujillo, também em lição sobre o tema, deixa expresso:

Portanto, subdivide-se a responsabilidade em duas categorias: a de direito privado, própria do Direito Civil e a de Direito Público, pertinente ao Direito Administrativo.

Quanto à primeira, instituto milenar, tem suas bases no direito romano e se fundamenta na ilicitude do ato lesivo e na culpa do agente causador do dano, admitindo em casos excepcionais a definição da responsabilidade fundada no risco.

Já a segunda, informada por princípios publicísticos, exorbitantes e derogatórios do direito comum, tem cerca de uma centena de anos. Surgiu praticamente com o Direito Administrativo, como criação jurisprudencial, a contar da sempre lembrada decisão do Tribunal de Conflitos da França – o famoso caso Blanco.¹⁰⁴

Cabe, por fim, mencionar os ensinamentos de Lair da Silva Loureiro Filho a esse respeito:

Apesar de originária da milenar responsabilidade civil (da qual decorrem talvez quase todos os institutos jurídicos), afirma-se a autonomia da responsabilidade pública, por seus diversos fundamentos e objetivos, pertencendo a essência daquela não apenas ao Direito Privado, mas à Teoria Geral do Direito, ensejando, portanto,

¹⁰² Arts. 421 e 422 do Código Civil (Lei n. 10.406/02).

¹⁰³ A esse respeito, Odoné Serrano Júnior afirma: “Em verdade, do direito civil vêm os conceitos básicos de conduta, dano indenizável, nexa causal, dentre outros. Porém, o regime jurídico de direito público derroga todas as regras de direito privado, no que dispuser em contrário (**Responsabilidade civil do estado por atos judiciais**). Curitiba: Juruá Editora, 1996. p. 47-48).

¹⁰⁴ TRUJILLO, Élcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Editora de Direito, 1995. p. 34.

tratamentos diferenciados em consonância com a hipótese fática tratada.¹⁰⁵

Será preciso, assim, remodelar e adequar conceitos, de modo a se estabelecer a exata forma pela qual o instituto passará a ser aplicável.

Muito embora se afigurasse plenamente possível traçar os fundamentos da responsabilização do Estado, sob a ótica do Direito Público, nesse momento, creio que essa análise em muito se identifica, e até mesmo se confunde com as teorias formuladas a respeito do tema.

Assim, preferi tratar os fundamentos e teorias em conjunto, novamente procurando conferir certa dinâmica ao presente trabalho.

Adianto-me, todavia, no sentido de que toda a teoria até então desenvolvida acerca da responsabilidade do Estado tem, como escopo último, a observância do princípio ético da vedação do locupletamento ilícito ou indevido de uma das partes da relação jurídica em relação à outra.

O citado princípio, muito embora se traduza em disposição implícita no ordenamento jurídico vigente, corresponde verdadeiramente a uma garantia estabelecida em favor da vítima, no sentido de que não ficará a descoberto ante o eventual cometimento de qualquer ato – ilícito ou lícito – por parte de qualquer dos Poderes do Estado.

3.3 Teorias adotadas

Já se disse constituir o Direito um reflexo do fenômeno social, traduzindo-se em verdadeira conquista dos povos.

O desenvolvimento desta pesquisa demonstrou que o mesmo se pode dizer do próprio Estado.

A despeito disso, é notória a incapacidade do ordenamento jurídico de fazer frente às inovações a que são submetidos os componentes de um determinado ordenamento social a cada dia, não acompanhando, com a necessária agilidade, a dinâmica dos fatos¹⁰⁶.

¹⁰⁵ LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Responsabilidade pública por atividade judiciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 27.

¹⁰⁶ Não nos esqueçamos de mencionar, por óbvio, que uma diversidade de fatores atua, porém, no sentido de influenciar a forma pela qual essas normas incidiriam sobre uma ou outra comunidade, tais como a ideologia, a cultura e a religião,

Como conseqüência, não raras vezes, essas transformações sociais, ao ingressar no ordenamento jurídico de um determinado Estado – tornando-se aptas, assim, a irradiar validamente os seus efeitos¹⁰⁷ – já carecem de uma alteração.

Essa observação, além de legitimar a afirmação de que o ordenamento jurídico jamais se mostrará suficientemente amplo a ponto de amparar todas as hipóteses em que seja instado a oferecer a solução devida aos conflitos de interesses havidos nas relações entre os indivíduos, revela a dinâmica do próprio Direito, afastando-o de dogmas e conceitos estanques.

E, aliás, não é a reformulação cotidiana do conhecimento uma forma de engrandecimento do próprio homem?

Partindo das idéias até então apontadas, resta-nos no presente tópico analisar as etapas pelas quais passou o ordenamento jurídico até se alcançar o que hoje se pode chamar de teoria da responsabilidade do Estado. Isso, em razão de constituir a referida teoria, também, uma tradução do estágio histórico-evolutivo pelo vem passando, também, o ser humano.

A forma pela qual se dá a responsabilização estatal em muito diverge da aplicável às relações jurídicas de Direito Privado.

Enquanto nesse segundo grande ramo do Direito sempre prevaleceu a regra da vedação do locupletamento indevido ou desprovido de causa que o legitime – o que, desde o início, assume contornos nitidamente principiológicos –, no Direito Público a presença do Estado na relação jurídica fez com que, num primeiro momento, fosse reconhecida a impossibilidade de se determinar a responsabilização desse ente – uma vez que dotado do chamado poder de império¹⁰⁸ –, para, somente em momento posterior, partir-se para a adoção da idéia de culpa – própria do Direito Privado –, e, por fim, verificar-se a eficácia do modelo atual, absolutamente alheio à verificação da culpa, assumindo a responsabilidade feição nitidamente publicista. Abstrai-se com isso, por completo, o comportamento do próprio agente.

A primeira fase coincide, portanto, com a chamada doutrina da irresponsabilidade do Estado.

que ainda hoje permeiam e conformam de forma extremamente marcante as condutas das mais variadas sociedades. Em alguns países do mundo, por exemplo, a prática do aborto e a união poligâmica são aceitos como válidos.

¹⁰⁷ É preciso distinguir, porém, entre o que seja a eficácia da norma e a sua efetividade. A primeira diz com a aptidão que tem a norma – mandamento de um comportamento tido como normal e aceitável – de irradiar validamente os seus efeitos, dirigida ao exterior. A efetividade, por sua vez, se refere à aplicação concreta da norma.

¹⁰⁸ Por vezes, o poder de império do Estado confundia-se com a própria pessoa do governante, sendo, assim, causa de um sem-número de barbaridades por esse cometidas.

Própria dos regimes absolutistas e totalitários, deitava seus fundamentos na idéia de soberania estatal, sem o que a submissão aos preceitos ordenados pelo detentor do poder ter-se-ia por absolutamente inviabilizada.

Merece transcrição, nesse ponto, a doutrina de Lair da Silva Loureiro Filho sobre o tema:

A teoria da irresponsabilidade estatal, também denominada regalista ou regaliana pode ser estabelecida a partir de três fundamentos: a soberania do Estado diante do súdito, em relação ao qual é subordinante; a impossibilidade de aparecer como violador do direito, se é ele mesmo que o organiza e aplica; a impropriedade de ter-se como atos do Estado aqueles praticados por funcionários, devendo tais atos serem atribuídos pessoalmente.¹⁰⁹

Na parte final da citação apresentada, é possível perceber que os atos danosos oriundos do exercício das atividades estatais era atribuível ao próprio funcionário, e não ao próprio Estado, enquanto pessoa jurídica que é, em absoluta divergência do que hoje é apregoado em relação ao tema, conforme oportunamente se verá.

Não levou muito tempo até que surgisse o mito da infalibilidade do monarca¹¹⁰.

Esse decorria da idéia de ser o detentor do poder a própria representação terrena da divindade. Era exigido dos súditos, com isso, obediência cega às ordens emanadas do soberano. Tais ordens deviam ser cumpridas, não sendo lícito a quem quer que fosse opor nenhum tipo de questionamento.

Na época dos Estados absolutos e despóticos vigorava a autoridade completa do príncipe, cuja infalibilidade foi secularizada na regra “The king can do no wrong” ou “Le Roi ne peut mal faire”. O Estado era o próprio rei e este, sendo infalível, não cometia erros.¹¹¹

Atribuir ao Estado qualquer responsabilidade corresponderia a nivelá-lo à categoria do súdito, o que seria inadmissível. Mais do que isso, demonstrava-se afrontoso.

Excepciona-se, por óbvio, a situação em que o próprio governante admitia o excesso. Tal conduta, porém, havia de ser entendida como um gesto decorrente da mera liberalidade daquele.

¹⁰⁹ LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Responsabilidade pública por atividade judiciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 48.

¹¹⁰ Embora não constitua objeto da presente pesquisa, não se pode olvidar que em muito auxiliou na construção do mito citado o apoio incondicional oferecido aos monarcas pela Igreja Católica, igualmente ansiosa pelo poder. Não deve ser esquecido terem sido alguns Papas verdadeiros reis em seu tempo.

¹¹¹ TRUJILLO, Élcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Editora de Direito, 1995. p. 45.

A responsabilidade, enquanto vínculo jurídico, pode-se afirmar ter sido inexistente até então.

[...] tampouco existe a possibilidade de algum particular agir em juízo contra o Estado. Até logicamente é impensável que um particular possa chamar a juízo o poder público, salvo se este o permitir, por exceção, a respeito de determinados atos que, além de ilegais, interessar ao poder público ver ressarcidos, como emanção de sua benignidade e zelo para com os súditos. A essa época, é incorreto falar em responsabilização do Estado, por isso que, como regra, o particular não tem legalmente qualquer pretensão acionável contra o Estado absolutista; este pode, se o desejar, estabelecer hipóteses em que faça a mercê de ressarcir o dano, antes como uma liberalidade sua do que como dever, muito menos como legítimo dever jurídico.¹¹²

As ordens reais visavam ao bem de todos. Pelo menos era essa a presunção.

Não se admitia, assim, a figura do Estado como violador de direitos.

Eventual dano sofrido pelo administrado advindo do exercício de qualquer das atividades do Estado, portanto, haveria de ser por ele suportado, como encargo natural da posição de superioridade detida pelo Estado em face daquele.

A História, todavia, foi testemunha da desconstrução dessa visão romanceada dos fatos, embora tenham sido os ordenamentos jurídicos de grande parte dos Estados ainda existentes nitidamente influenciados por essa doutrina.

A teoria da irresponsabilidade prevaleceu na época dos Estados despóticos ou absolutos em que vigorava o princípio incontestável: o rei não erra (*the king can do no wrong*), dominando absoluto até o século XIX, permanecendo até pouco tempo, resquícios de tal fase em muitos ordenamentos, mesmo em países desenvolvidos e de inquestionável tradição democrática como nos Estados Unidos (abandonado com a *Federal Tort Claim Act*, de 1946) e Inglaterra (abandonado com a *Crown Proceeding Act*, de 1947).¹¹³

O excessivo poder atribuído à pessoa do governante – que, no mais das vezes, traduzia-se em verdadeiro arbítrio –, aliada ao surgimento do movimento de outorgar ao Estado de uma feição democrática – dentro da qual se encaixa perfeitamente a idéia de um direito natural e próprio da condição humana¹¹⁴ –, demonstraram o extremado inconveniente da manutenção da citada teoria, e atuaram de forma a determinar o declínio dessa¹¹⁵.

¹¹² SILVA, Juary C. **A responsabilidade do estado por atos judiciários e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 75-76

¹¹³ LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Responsabilidade pública por atividade judiciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 49.

¹¹⁴ A que, inclusive, já se fez referência em momento anterior do presente trabalho.

¹¹⁵ Não nos é possível afirmar, contudo, tenha esse desaparecimento se dado na sua integralidade.

É preciso ressaltar, porém, que nenhuma alteração de paradigma decorre de um ato meramente isolado. Ao contrário, é fruto de um longo e paulatino processo de assimilação de idéias, com posterior sedimentação do instituto, cuja variação estará sempre a depender das vicissitudes de cada Estado.

A imensa gama de responsabilidades deixadas a cargo do Estado fez com que os acontecimentos danosos deixassem de constituir uma mera eventualidade, passando a ocorrer de forma cada vez mais presente na realidade das relações sociais.

O poder estatal passa a ser fragmentado. Resta uno quanto à sua essência, tendo sido dividido em parcelas de atuação entre órgãos por ele mesmo constituídos.

Passa-se a valorizar o homem, concebendo-o não mais como mero objeto da tutela do Estado, mas como um sujeito de direitos e deveres na órbita jurídica.

Por conseguinte, percebeu-se a necessidade de que fosse outorgada ao Estado parcela de responsabilidade. Ainda que em grau diminuto.

A idéia aventada coincide, em absoluto, com o relato doutrinário a respeito:

A responsabilidade do Estado outra coisa não é que o subproduto do constitucionalismo europeu continental e da concepção jurídico-liberal do Estado, que em seguida à Revolução Francesa veio suplantar os modelos absolutistas no solo europeu; a Inglaterra, e depois os Estados Unidos, conquanto imbuídos de liberalismo talvez até em maior grau do que as nações do Continente, seguiram nesse particular evolução à parte.¹¹⁶

Temendo pelo enfraquecimento dos poderes de que eram detentoras, as autoridades constituídas, na tentativa de estabelecer uma teoria geral das obrigações do Estado, entenderam por bem fracionar os atos decorrentes do exercício das atividades estatais em duas espécies.

À primeira era resguardada a aplicação do regime jurídico de Direito Público, a que já se fez referência, com todas suas prerrogativas. Em contrapartida, submetia-se a uma série de sujeições.

Reconhecia-se, por meio desses atos, a absoluta soberania do Estado e a conseqüente impossibilidade do nivelamento desse ente àqueles que lhe deviam submissão e obediência, sem as quais o próprio convívio social restaria seriamente ameaçado.

A atividade estatal era exercida enquanto expressão máxima do próprio poder estatal, com todas as suas características.

E, por essa razão, quanto a esses atos não havia se falar em responsabilização civil do Estado.

¹¹⁶ SILVA, Juary C. **A responsabilidade do estado por atos judiciários e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 75.

Foram esses denominados pela doutrina atos de império ou de autoridade.

Atos de império ou *de autoridade* são todos aqueles que a Administração pratica usando de sua supremacia sobre o administrado ou servidor e lhes impõe obrigatório atendimento. É o que ocorre nas desapropriações, interdições de atividade, nas ordens estatutárias. Tais atos podem ser gerais ou individuais, internos ou externos, mas sempre *unilaterais*, expressando a vontade onipotente do Estado e seu poder de coerção.¹¹⁷

De outro lado, porém, encontravam-se atos absolutamente despidos das características anteriormente mencionadas.

Sendo esses atos de mera administração, incidentes sobre os bens e serviços públicos, sem qualquer carga de imperatividade em face dos administrados, não traduziam, a despeito de sua relevância, não mais do que a simples movimentação do aparato estatal. Eram, por isso, denominados atos de gestão.

Atos de gestão são os que a Administração pratica sem usar de sua supremacia sobre os destinatários. Tal ocorre nos atos puramente de administração dos bens e serviços públicos e nos negociais com os particulares, que não exigem coerção sobre os interessados.¹¹⁸

Equivaliam a esses atos aqueles desenvolvidos pelo Estado com fim puramente negocial.

Não se encontravam nos atos de gestão quaisquer resquícios da soberania estatal, estando o Estado absolutamente nivelado aos particulares. O Estado se despia de sua soberania. De lhes ser aplicável, portanto, o regime jurídico próprio dos atos civis.

O mesmo se diga em relação à eventual responsabilização do Estado.

Essa passou a ser regida pelas disposições constantes do Código Civil.

Os benefícios da adoção desse novo paradigma foram inúmeros, podendo ser destacado, numa análise imediata, o fato de se ter reconhecido o Estado como ente violador de direitos.

A despeito da importância que se possa outorgar a um determinado instituto, esse, todavia, nem sempre escapará do olhar atento dos críticos.

A adoção do sistema de responsabilidade previsto no Código Civil trazia – e ainda hoje traz – ínsita a idéia de culpa. E aqui encontramos a sua falha.

É sabido que dentre os diversos comandos oriundos do sistema processual se destaca o da outorga do ônus da prova à parte que alega a existência dos fatos que determinam

¹¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 165.

¹¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 166.

a aplicação do direito por ela invocado. Atribui-se à parte contrária, assim, a prova relativa aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daqueles¹¹⁹.

A doutrina referenda a afirmação acima:

De acordo com o art. 333 do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa regra, que distribui o ônus da prova entre o autor e o réu funda-se na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, mas não a *não existência* daqueles que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou a sua extinção.¹²⁰

Em ação movida contra o Estado, torna-se ao menos razoável supor que, ainda que se reconheça a possibilidade de eventual condenação, aquele ente se utilizará de todo o arsenal de que eventualmente disponha para desconstituir os argumentos lançados pelo autor – arsenal com o qual não conta, necessariamente, a parte autora, no mais da vezes hipossuficiente em relação ao Estado.

A demonstração da culpa estatal torna-se, assim, bastante improvável – para não dizer praticamente impossível de ser alcançada –, subvertendo, assim, toda uma construção doutrinária acerca da responsabilização do Estado.

Permitir que o Estado assim aja equivaleria a abrir mão de outro dos postulados do sistema processual vigente, que determina o dever de observância da igualdade das partes na relação jurídica processual, postulado que deve, a todo custo, ser observado pelo magistrado na condução do processo¹²¹.

Ou, como já entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

O juiz, no exercício de sua função jurisdicional, não deve concorrer para a instabilidade das relações jurídicas entre as partes.¹²²

Todo o sistema criado, com a finalidade precípua de proteção à pessoa da vítima, restaria seriamente afetado.

Não se pode perder de vista que ao Estado, quando demandado em juízo, são asseguradas uma série de prerrogativas, tais como a contagem diferenciada dos prazos processuais¹²³.

¹¹⁹ Art. 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. Processo de Conhecimento. v. 2. 6. ed. revista, atualizada e ampliada da obra **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 262.

¹²¹ Art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil.

¹²² **RT** 692/182.

¹²³ Art. 188 do Código de Processo Civil.

Essas justificam-se não pela soberania detida pelo Estado em face daqueles que lhe devam sujeição e obediência, mas em razão dos interesses envolvidos nas relações jurídicas nas quais o Estado, de qualquer modo, se faça presente. Não devem ser esquecidos os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e o da indisponibilidade do interesse público, que regem a atuação do exercente do poder do Estado e já foram mencionados em momento anterior.

O exercício dessas prerrogativas não pode, portanto, importar supressão dos interesses titularizados pela própria sociedade, sob pena de desvio de finalidade, o que equivaleria à utilização arbitrária do poder por aquele que o detenha.

Mas as críticas à adoção do sistema civilista de culpa não se encerram nas observações referidas.

É preciso mencionar, ainda, a dificuldade que poderia vir a enfrentar a vítima no sentido da identificação do autor da conduta culposa, o agente do Estado.

Lembremo-nos de que a idéia de culpa – vista sob o prisma de quaisquer de suas modalidades, a saber, a imprudência, a negligência e a imperícia – pressupõe a atuação pessoal do agente causador do dano.

O exercício das atividades estatais pode se dar tanto de forma direta como indireta.

Tem-se a atuação direta quando couber ao próprio Estado, por seus órgãos e entidades, o desempenho das atividades que lhe são atribuídas. A indireta, de outro lado, pressupõe a prestação daquelas por outro ente, que não o Estado, à sua conta. Porém, em nome daquele.

Não é desconhecida a imensa gama de atividades que ainda na atualidade toca ao Estado. Isso, a despeito da suposta adoção do sistema liberal ou neoliberal, conforme se apregoa.

Assim, nem sempre constituirá tarefa fácil identificar o agente responsável pela prática do ato causador do dano.

Outras vezes essa identificação é absolutamente inviabilizada, importando a adoção o sistema civilista da responsabilidade – fundado na idéia de culpa – num claro prejuízo à vítima, que, com isso, vê-se duplamente prejudicada.

Num primeiro momento, pelo comportamento danoso advindo do exercício de quaisquer das atividades do Estado. Depois, por não se lhe ser reconhecido o direito a mover a competente execução específica contra o ente estatal. Retorna-se, dessa forma, ao conceito da irresponsabilidade do Estado.

O sistema civilista já não é mais capaz de atender às necessidades que ora se impõem.

Mais uma vez, portanto, é a ordem social que passa a demonstrar a necessidade de criação de um novo sistema de responsabilização civil do Estado. Esse, porém, agora não mais baseado na idéia de comportamento culposo do agente causador do dano, mas fundado na idéia do risco assumido pelo Estado quanto às atividades às quais entendeu por bem se arvorar.

Assim, quando o Estado assume como sendo de sua titularidade a prestação de determinadas atividades aos particulares, vincula-se, em contrapartida, ao dever de responder pelos eventuais danos advindos do exercício dessas.

Tem-se, aqui, a adoção de um verdadeiro sistema de custo-benefício. Aos benefícios oriundos da titularidade de determinadas atividades deve corresponder o ônus de responder pela indenização de eventuais danos delas advindos.

Significa dizer que o Estado assume, ainda que implicitamente, os riscos de vir a responder por eventual ação de responsabilização movida pela vítima contra atos danosos supostamente oriundos do exercício de suas funções.

Não é outra a razão pela qual a doutrina denomina essa teoria de teoria do risco administrativo.

A responsabilidade decorre, agora, não mais de eventual comportamento culposo do exercente da atividade administrativa, mas, simplesmente, do risco que o exercício dessa possa vir a trazer à coletividade.

É subtraída da noção de responsabilidade a idéia de culpa, que, como se disse, reside num eventual juízo de valor acerca do comportamento humano, num determinado caso concreto. Essa cede espaço para critérios agora puramente objetivos de responsabilização do ente estatal.

E é justamente esse o critério distintivo entre as duas teorias que defendem ser o Estado responsável pelos atos praticados por ele ou em seu nome.

Como consequência, a adoção da teoria do risco administrativo, em ação de responsabilização movida contra o Estado, impõe à vítima a simples comprovação da efetiva ocorrência do dano, bem como do vínculo que o liga à atividade estatal.

A análise de eventual comportamento culposo daquele que atua em nome do Estado fica resguardada, porém, à ação regressiva movida por esse em face daquele.

Fala-se, agora, em culpa anônima do serviço público, querendo significar o dever de comprovação pela vítima do mau funcionamento¹²⁴ da atividade titularizada ou prestada pelo Estado.

Ao Estado, por outro lado, caberá a demonstração da incidência, em sendo caso, das chamadas excludentes de responsabilidade. Essas correspondem a circunstância imprevisíveis e inevitáveis, que, uma vez configuradas, retiram o caráter ilícito do fato praticado, ainda que presente o dano.

As causas que determinam a irresponsabilidade são três, a saber, o caso fortuito ou o de força maior e a culpa exclusiva da vítima.

Em breves linhas, portanto, procuramos delimitar as principais características de cada uma das teorias adotadas acerca da responsabilização do Estado. Relevante mencionar, a respeito dessas, a doutrina de Hely Lopes Meirelles:

Sob o domínio dos Governos absolutos negou-se a responsabilidade do Estado, secularizada na regra inglesa da infalibilidade real – “The King can do no wrong” – extensiva aos seus representantes; sob a influência do liberalismo, assemelhou-se o Estado ao indivíduo, para que pudesse ser responsabilizado pelos atos culposos de seus agentes; finalmente, em nossos dias, atribuiu-se à Administração Pública uma responsabilidade especial de *Direito Público*.¹²⁵

O tema, porém, aqui não se esgota.

Hoje muito se tem discutido acerca da necessidade de adoção de um sistema de risco integral de responsabilização do Estado. Esse sistema estabelece que o risco de causação de danos é ínsito a determinadas atividades, tais como a exploração de energia atômica.

Partindo-se dessa premissa, não se poderia admitir a invocação de qualquer das excludentes de responsabilidade pelo Estado.

Ocorre, porém, que inviabilizar a invocação das excludentes anteriormente mencionadas corresponderia a uma injustiça aos concidadãos como um todo, uma vez que poderia vir a impor ao Estado e, conseqüentemente, ao povo, uma obrigação que pode não decorrer, necessariamente, do exercício de uma atividade sua, mas do comportamento da própria vítima, por exemplo.

¹²⁴ A má prestação do serviço público estará configurada sempre que a atividade a ser prestada pelo Estado for inexistente, ou quando, embora existente, funcionar inadequadamente para os fins a que se presta ou de forma tardia.

¹²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 664.

Assim, não nos descuidando do devido acatamento e respeito àqueles que defendem essa última teoria, cremos que a teoria do risco administrativo ainda corresponde às expectativas exigidas pela sociedade.

3.4 Direito brasileiro

Muito embora o tema da responsabilidade civil ainda se mostre bastante recorrente no Brasil, é plenamente possível afirmar ter ele atingido grau de maturidade suficiente a ponto de garantir à vítima o direito à indenização. Isso, porém, quando se leva em consideração apenas o texto constitucional vigente.

Não se pode jamais perder de vista, contudo, as construções do instituto ao longo da história. Isso porque não é esse senão o reflexo da evolução cultural do nosso povo.

A doutrina aponta-nos que, a despeito de ter o Brasil vivenciado, num passado recente, um período de monarquia, sempre teria prevalecido no ordenamento jurídico nacional a doutrina da responsabilização do Estado.

O raciocínio, todavia, muito embora tenha a sua razão de ser, deve ser resguardado ao período posterior ao colonial, já que nesse imperava a idéia da plena irresponsabilidade do Estado.

A doutrina compartilha do entendimento esposado:

No Brasil Colônia dominou, de modo incontestável, a idéia da plena irresponsabilidade do Estado. Com a independência, muda-se a situação e passa-se a admitir que o Estado seja responsável pelos atos ou omissões ilícitas de seus agentes.¹²⁶

Com o atingimento da independência política, o ordenamento jurídico brasileiro adota – ainda que de forma não expressa – a idéia da plena responsabilização por eventuais danos oriundos do exercício das atividades estatais. Isso corresponde ao reconhecimento do Estado como ente violador da própria ordem jurídica.

Mas não propriamente.

¹²⁶ LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Responsabilidade pública por atividade judiciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 71.

Em verdade, o que se tinha era a hipótese de responsabilização pessoal do agente, na medida em que era exigida da vítima a demonstração e identificação tanto do evento danoso quanto do agente que supostamente teria dado causa àquele.

O texto da Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 179, inciso XXIX, é expresso nesse sentido: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”.

A questão da responsabilidade residia, dessa forma, não na figura do Estado, pessoa jurídica que é, mas na do próprio funcionário. Alguns autores defendem, todavia, pudesse o Estado ser responsabilizado de forma solidária.

De idêntica inspiração o texto da Constituição Republicana de 1891: “Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência, ou negligência em não responsabilizarem efetivamente aos seus subalternos”¹²⁷.

Coube a uma série de outras leis tratar do tema, sempre, porém, de forma esparsa.

Esse panorama começa a se alterar com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, que, em seu artigo 15, tratava da responsabilização do Estado: “As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito de regresso contra os causadores do dano”.

A repercussão da nova legislação sobre a doutrina administrativista foi, também, bastante intensa. Esse estatuto das relações jurídicas individuais passou a prever a responsabilidade como dever que toca ao próprio Estado, resguardando-se a esse o direito de regresso contra o agente causador do dano.

Percebeu-se que as ações e omissões praticadas pelo causador do dano haveriam de ser imputadas ao próprio Estado, já que aquele agia em representação e no interesse daquele. É essa, inclusive, a gênese do que hoje se conhece por teoria do órgão.

Estabeleceu-se, com isso, a delimitação de duas relações jurídicas absolutamente diversas. A primeira delas, movida pela vítima contra o Estado. A segunda, contrapondo Estado e funcionário.

¹²⁷ Art. 82.

Era ainda, contudo, demandada da vítima não somente a prova do dano mas, também, do comportamento culposo, tanto do Estado quanto daquele que atuava em seu nome¹²⁸.

O Código Civil de 1916 trouxe inúmeras benesses ao desenvolvimento do tema da responsabilidade civil do Estado, conforme se viu, é bem verdade.

Tanto que passa a ser o sistema imperante nos textos constitucionais que a ele se seguiram, com algumas nuances.

A Constituição Federal de 1934¹²⁹ – no que foi seguida pela de 1937¹³⁰ – assim estabelecia: “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos”.

Percebe-se que a solidariedade dizia respeito, agora, ao funcionário público, sendo a responsabilidade própria da pessoa jurídica.

Ocorre, contudo, que o desenvolvimento das relações Estado *versus* indivíduos fez aflorar a percepção de que nem sempre os resultados danosos advêm de um comportamento ilícito praticado por aquele ente central.

Começa a ganhar cada vez mais espaço a idéia de abuso do direito, no mais das vezes praticado por aquele que se encontrava no exercício do poder.

O sistema civil de outrora, portanto, baseado na rígida distinção entre comportamentos lícitos e ilícitos, passa a não mais servir na sua inteireza.

Coube à Constituição Federal de 1946 afastar do sistema da responsabilidade estatal a idéia de culpa, fundando a ação da vítima contra o Estado no já visto risco administrativo. Previa o texto constitucional: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Caber-lhe-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”¹³¹

Responsabiliza-se, assim, o Estado num primeiro momento, resguardando-se-lhe o direito de mover a competente ação regressiva contra o agente causador do dano. Essa, sim, baseada na culpa.

¹²⁸ Em relação ao Estado, tratava-se da chamada culpa *in eligendo*, ou seja, o Estado não se teria cercado das cautelas necessárias para a escolha daquele que age na sua representação.

¹²⁹ Art. 171.

¹³⁰ Art. 158.

¹³¹ Art. 194.

Os textos das Constituições de 1967 e da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, prevêm dispositivos em idêntico sentido¹³².

O texto constitucional em vigor manteve intacta a doutrina da responsabilização civil objetiva do Estado.

Inovou, todavia, ao estender o rol daqueles que a essa encontram-se submetidos, de forma a alcançar, também, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, no que andou bem o legislador constituinte.

Assim é que, conforme estabelece o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988: “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”.

Quanto ao exercício da atividade administrativa pelo próprio Estado ou por seus órgãos – de forma direta, portanto – ou indiretamente, pela via de personalização de determinadas entidades com a finalidade específica de prestação de serviços públicos determinados – pessoas jurídicas de direito público, a saber, autarquias e fundações públicas – , o texto constitucional é bastante elucidativo. E nem poderia ser de outro modo, na medida em que essas constituem-se em verdadeira exteriorização do próprio Estado ou, como se costuma dizer, em *longa manus* do Estado.

O mesmo se diga em relação à hipótese de exercício descentralizado de serviços públicos por pessoas jurídicas de direito privado, que têm autorizado o seu funcionamento por ato do próprio Estado – empresas públicas e sociedades de economia mista – e constituem forma bastante comum nos dias atuais. Ora, nada mais justo do que outorgar ao Estado a responsabilidade pelos atos dela decorrentes.

A expressão utilizada pelo legislador constituinte, contudo, mostra-se bastante ampla, de modo a abarcar, também, a atividade prestada pelos concessionários e permissionários de serviço público.

A esses, porém, outorga-se a responsabilização objetiva, sendo própria da pessoa jurídica constituída. Significa dizer, assim, que o Estado somente será instado a responder a eventual ação de responsabilização de forma subsidiária.

Muito embora se tenha atribuído ao Código Civil de 1916 a glória de ter sido a primeira lei a tratar, de forma geral, da questão da responsabilidade do Estado, não deve ser esquecido o advento da lei n. 11.406/02, que, tendo revogado aquele, previu, agora de forma

¹³² Artigos 105 e 107, respectivamente.

expressa, a aplicação da teoria do risco administrativo, nos termos do que estabelece o artigo 927, parágrafo único, aqui transcrito: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados pela lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

CAPÍTULO 4 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELO ATO ORIUNDO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

4.1 Do exercício da atividade jurisdicional pela via do processo

O estudo da responsabilização do Estado deve abranger, também, uma análise das funções desempenhadas pelos órgãos e pelas pessoas jurídicas por ele criados e que passam, assim, a representá-lo no exercício das atribuições que lhe são próprias.

Isso se justifica pelo fato de, sendo o Estado ente abstrato, não detém o atributo da atuação pessoal, exceto no que se refere a questões de caráter eminentemente político¹³³. Essa, no entanto, dá-se por intermédio dos órgãos e das pessoas jurídicas criadas por aquele ente. Ou, como ensina Marcello Caetano:

O órgão faz parte da pessoa coletiva (pessoa jurídica), pertence ao seu *ser*, exatamente como acontece com os órgãos da pessoa humana. É através dos seus órgãos que a pessoa coletiva conhece, pensa e quer. O órgão não tem existência distinta da pessoa; a pessoa não pode existir sem órgãos. Os atos dos órgãos são atos da própria pessoa e tudo quanto diz respeito às relações entre os diversos órgãos da mesma pessoa coletiva tem caráter meramente interno.¹³⁴

Os efeitos dos atos decorrentes da atuação daqueles órgãos e pessoas serão imputados, porém, ao próprio Estado. Inclusive no que tange à responsabilidade. É o que se denomina vínculo de imputação, a cujo respeito leciona Hely Lopes Meirelles:

A atuação dos *órgãos* é imputada à pessoa jurídica que eles integram, mas nenhum órgão a representa judicialmente. A representação legal da entidade é atribuição de determinados *agentes* (pessoas físicas), tais como os Procuradores judiciais e administrativos e, em alguns casos, o próprio Chefe do Executivo (CPC, art. 12, I, II e VI). Não se confunda, portanto, a *imputação* da atividade funcional do órgão à pessoa jurídica com a *representação* desta perante a Justiça ou terceiros: a imputação é da atuação do órgão à entidade a que ele pertence; a representação é perante terceiros ou em juízo, por certo agente. Não há entre a entidade e seus órgãos relação de representação ou de mandato, mas sim de *imputação*, porque a atividade dos órgãos identifica-se e confunde-se com a da pessoa jurídica.¹³⁵

E continua:

¹³³ Art. 21, inciso I, da Constituição Federal.

¹³⁴ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Lisboa, 1965. p. 154.

¹³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 69.

Daí por que os atos dos órgãos são havidos como da própria entidade que eles compõem. Assim, os órgãos do Estado são o próprio Estado compartimentado em centros de competência, destinados ao melhor desempenho das funções estatais. Por sua vez, a vontade psíquica do agente (pessoa física) expressa a vontade do órgão, que é a vontade do Estado, do Governo e da Administração.¹³⁶

O caráter distintivo entre a responsabilização pelos atos praticados pelos órgãos e a pelos atos das pessoas jurídicas criadas pelo Estado reside, justamente, no fato de ser concedida às segundas personalidade jurídica própria, o que determina seja o Estado instado a responder pelos atos por elas praticados apenas em caráter subsidiário.

Essa personalidade, faltante em relação aos órgãos – mera desconcentração administrativa, sujeitos, inclusive hierarquicamente, às pessoas políticas que determinaram a sua criação –, determina seja a atribuição da responsabilidade outorgada ao próprio Estado, sempre de forma direta e pessoal. É a essência da formulação da chamada teoria do órgão.

Não é demais lembrar, todavia, a existência de inúmeras discussões acerca da forma de atribuição dessa responsabilidade ao Estado. Alguns entendiam-na como relação jurídica de representação, enquanto outros consideravam-na a exteriorização de um mandato recebido pelo exercente das funções estatais quando nela investidos. Desde Otto Gierke, porém, prevalece o entendimento apontado – a teoria do órgão.

Merecem novamente transcrição os ensinamentos ofertados por Hely Lopes Meirelles que, de forma bastante esclarecedora, pontua os pontos de discordância entre uma corrente e outra, salientando, por fim, a prevalência da teoria mencionada:

*A teoria do órgão veio substituir as superadas teoria do mandato e da representação, pelas quais se pretendeu explicar como se atribuíram ao Estado e às demais pessoas jurídicas públicas os atos das pessoas humanas que agissem em seu nome. Pela teoria do mandato considerava-se o agente (pessoa física) como mandatário da pessoa jurídica, mas essa teoria ruiu diante da só indagação de quem outorgaria o mandato. Pela teoria da representação considerava-se o agente como representante da pessoa, à semelhança do tutor e do curador de incapazes. Mas como se pode conceber que o incapaz outorgue validamente a sua própria representação? Diante da imprestabilidade dessas duas concepções doutrinárias, Gierke formulou a teoria do órgão, segundo a qual as pessoas jurídicas expressam a sua vontade através de seus próprios órgãos, titularizados por seus agentes (pessoas humanas), na forma de sua organização interna. O órgão – sustentou Gierke – é parte do corpo da entidade e, assim, todas as suas manifestações de vontade são consideradas como da própria entidade (Otto Gierke, *Die Genossenschaftstheorie in die deutsche Rechtsprechung*, Berlim, 1887).¹³⁷*

¹³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 69.

¹³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 67. nota 21.

As idéias traçadas já foram objeto de análise em momento anterior do presente estudo, é bem verdade. Constitui, todavia, elemento imprescindível ao entendimento da responsabilidade do Estado quando decorrente da atuação desse ente pela via jurisdicional, o que, até o momento, constituiu pequena parcela dos comentários.

Isso, porém, de forma confessadamente propositada, uma vez que, do contrário, incorrer-se-ia no risco de adiantar o que viria a ser tratado no presente capítulo, tornando-o vazio de conteúdo.

A análise da função jurisdicional do Estado se mostra de extremada importância. É por intermédio dela que o Estado se arvora na função de árbitro dos conflitos de interesses havidos nas relações entre os indivíduos.

Ao poder que toca ao Estado de dizer o direito a ser aplicável no caso concreto denomina-se jurisdição.

É a jurisdição, portanto, atividade estatal, devendo, por essa razão, serem-lhe resguardadas todas as observações já formuladas acerca dos atributos e características próprias das funções e dos Poderes do Estado.

O exercício dessa atividade exterioriza-se por intermédio da atuação dos órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário, personificado nos magistrados.

São esses, portanto, os agentes estatais encarregados do exercício da relevante missão de julgar e, com isso, compor o conflito de interesses instaurado entre as partes, tendo como finalidade última a pacificação social.

O surgimento da jurisdição constituiu exigência do progresso da humanidade, bem como do próprio ordenamento jurídico. Isso em face do crescimento – maior a cada dia – dos conflitos de interesses havidos das relações entre os indivíduos, para os quais as demais formas amigáveis de solução não surtiam o efeito desejado.

A sujeição do mais fraco pelo mais forte não refletia, necessariamente, a justiça esperada para o caso concreto. Abusos e arbitrariedades tornavam-se paulatinamente mais recorrentes.

A solução encontrada pelo ordenamento jurídico foi, portanto, a de entregar a solução do conflito a uma terceira pessoa, alheia às partes envolvidas no litígio, substituindo-as na solução daquele.

Retira-se, da análise do caso, a parcialidade dos contendores, presente em todas as demais formas de solução dos conflitos intersubjetivos de interesses.

Assegura-se, por conseguinte, a imparcialidade do julgador, característica basilar da função estatal ora analisada.

É essa garantia das partes – a imparcialidade – que faz com que a atuação dos órgãos jurisdicionais estejam sempre a depender da invocação dos interessados. Ou seja, estará o magistrado impedido de fazer atuar a vontade da lei no caso concreto meramente por entender que assim deve proceder. Trata-se de uma verdadeira limitação ao arbítrio e discricionariedade judicial.

Significa dizer, portanto, que estará o magistrado impedido de instaurar a relação jurídica processual por iniciativa própria e pessoal, salvo, porém, nas restritas hipóteses em que o próprio ordenamento jurídico lho determina¹³⁸.

Prevalece, então, a regra segundo a qual a jurisdição é poder inerte do Estado, apenas sendo determinada a sua atuação quando as partes ou os interessados expressamente o requererem.

É o que, aliás, estabelece a redação do artigo 2º do Código de Processo Civil, que consagra o princípio da ação, também denominada da demanda: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.”

Humberto Theodoro Júnior, em comentário sobre o dispositivo citado, assim leciona:

Consagrando o *princípio da demanda* ou *da ação* a prestação da tutela jurisdicional só se exercitará quando o juiz for provocado pela parte ou pelo interessado, uma vez que a autoridade judiciária em regra não atua *ex officio* ou sem ação própria¹³⁹.

É relevante ressaltar, desde já, que a garantia citada apenas impede o magistrado de dar início ao processo. Isso porque constitui dever inerente ao seu cargo o de conferir andamento regular à relação jurídica processual devidamente instaurada por iniciativa das partes.

É o chamado impulso oficial, a cujo respeito dispõe o artigo 262, do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: “O processo civil começa por iniciativa das partes, mas se desenvolve por impulso oficial.”

A esse respeito, merece transcrição a lição expendida por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

¹³⁸ Ressalte-se, por óbvio, determinados procedimentos especiais que podem ser instaurados, de ofício, pelo magistrado. É o caso, por exemplo, do inventário, da arrecadação de bens de herança jacente e do ausente, a suscitação de conflito de competência e o incidente de uniformização de jurisprudência.

¹³⁹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Código de processo civil anotado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 2.

O processo se origina por iniciativa da parte (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*), mas se desenvolve por impulso oficial (CPC 262). Podem provocar a atividade jurisdicional a parte ou o interessado (jurisdição voluntária), bem como o Ministério Público nos casos em que estiver legitimado a ajuizar a ação civil pública (CF 129 III; CPC 81; LACP 5º, *caput*; CDC 82 I)¹⁴⁰.

É bastante nítido, porém, que a garantia da imparcialidade do julgador seria absolutamente inócua caso fosse outorgada às partes a faculdade discricionária de se submeter ou não aos efeitos oriundos da decisão por ele proferida.

Essa é a razão pela qual se entende ser a jurisdição uma atividade substitutiva dos interesses colocados diante da apreciação judicial, fazendo com que o magistrado, muito mais do que um mero aplicador da lei, estabeleça a norma própria e específica para reger aquele caso concreto.

Acerca da citada garantia de imparcialidade do magistrado, bem como no caráter substitutivo da jurisdição, convém transcrever o ensinamento de Moacyr Amaral Santos:

Diversamente, a jurisdição é uma atividade secundária, substitutiva, porque se exerce em substituição à atividade das partes, que seria a atividade primária. Realmente, a atividade das partes em conflito se substitui pela do juiz, a fim de compô-lo e resguardar a ordem jurídica. O juiz nunca é parte no conflito, mas um terceiro estranho a este. O juiz delibera, decide, julga quanto às atividades das partes, substituindo-as pela atividade pública. Deliberando, decidindo, julgando quanto à própria atividade, a administração procede na conformidade da lei; deliberando, decidindo, julgando quanto à atividade os interessados, a jurisdição atua a lei, atingindo com isso a sua finalidade. Ali, a lei traça os poderes da administração; aqui, a lei é a própria finalidade da jurisdição.

O principal argumento dos que negam a substituição seja a característica diferencial da atividade jurisdicional decorre do fato de o órgão judiciário também decidir litígios em que a administração ou outros órgãos públicos sejam parte. Mas ainda aqui se verifica a característica da substituição. O órgão jurisdicional não substitui as partes, mas suas atividades. Assim, no litígio entre a administração, que é órgão do Estado, do qual também é órgão, mas as atividades daquela, e assim o faz tendo em vista a finalidade jurisdicional, que é a de atuar a lei no caso concreto¹⁴¹.

Estabeleceu-se a jurisdição, portanto, como um poder de que se socorrem as partes sempre que as demais formas de solução dos conflitos de interesses não forem capazes de oferecer solução satisfatória ao seu conflito particular.

¹⁴⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 165. nota 1.

¹⁴¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 70.

E ao comando contido na decisão oriunda do órgão jurisdicional devem as partes se submeter, conferindo-se-lhe, dessa forma, caráter coativo¹⁴².

Ao lado da imparcialidade do julgador, garantia inerente às partes de serem julgadas por uma pessoa necessariamente equidistante dos interesses envolvidos na relação jurídica, põe-se a substitutividade, garantia que toca agora ao Estado, conferindo respeitabilidade e eficácia aos comandos contidos nas decisões proferidas pelos magistrados.

Mas não é só.

Conferiu-se aos comandos oriundos do exercício da atividade judiciária, também, a característica da imutabilidade após o decurso de determinado prazo previsto em lei. Tem-se aqui a idéia de coisa julgada.

É essa a eficácia de que se reveste a sentença, que não mais permite qualquer espécie de discussão acerca do comando nela contido. Quando essa imutabilidade se circunscreve ao objeto da demanda, é chamada coisa julgada formal, própria de toda e qualquer manifestação judicial. Uma vez que ultrapasse as fronteiras do que fora decidido, passa a ser considerada absoluta ou inatingível, recebendo a denominação de coisa julgada material.

O relevante mister exercido pelos magistrados é objeto do presente trabalho. Entretanto, nele não se exaure.

Isso porque o estudo da atividade estatal decorrente do exercício da função jurisdicional do Estado não pode estar alheia à própria idéia de processo e, por conseguinte, de uma série de noções acerca do que hoje se entende por relação jurídica processual.

O vocábulo processo pode ser tomado numa infinidade de concepções. O dicionário refere algumas destas: ação continuada, andamento, método, procedimento, ação judicial¹⁴³.

Na órbita do direito, contudo, essa amplitude de entendimento acerca do tema se restringe, uma vez que passa a ser vista sob a ótica da técnica jurídica.

Além do já consagrado conceito de lide, estabeleceu Carnelutti, também, a idéia de processo, entendido como instrumento à disposição do Estado para a composição da lide. Seria o processo, no seu modo de ver, o meio ou a forma de que se vale o Estado para a solução do conflito de interesses instaurado entre as partes.

¹⁴² É preciso mencionar que o citado caráter coativo do comando contido na sentença não importa, necessariamente, a satisfação espontânea do direito pela parte sucumbente. Tratam-se de coisas diversas. Essa é, aliás, a razão da existência do processo de execução.

¹⁴³ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 357.

Embora se deva reconhecer a inteligência da argumentação exposta, certo é que a conceituação ofertada por Carnelutti correspondia meramente a uma aplicação prática da idéia de lide por ele anteriormente formulada. Com isso, restringia o desenvolvimento do processo ao arbítrio das próprias partes, o que nem sempre se mostrava prudente. Além disso, pressupunha à existência do processo a da própria lide, esquecendo-se das hipóteses em que o Poder Judiciário é instado a agir, ainda que inexistente conflito entre as partes¹⁴⁴.

Não se deve deixar de mencionar que, o senso comum – por vezes esquecido por aqueles que se aventuram nas searas do Direito¹⁴⁵ – bem assimilou a conceituação ofertada por Carnelutti.

Note-se que, sempre que um indivíduo se refere ao direito de ação, utiliza o vocábulo no sentido de busca de um direito ainda não realizado na sua plenitude ou de algo a ser perseguido em juízo contra alguém, ou seja, sempre conforme o arbítrio de qualquer das partes. Nada mais é do que a consagração do dito popular: “vá procurar os seus direitos”.

Chiovenda manteve a mesma idéia de instrumento adotada por Carnelutti. Ousou, porém, atribuí-la à própria jurisdição, fazendo com que o processo, muito mais do que um meio à disposição das partes, passasse a ser considerado como um meio ou uma forma de que se utiliza o próprio Estado para fazer valer, pelo exercício da jurisdição, a vontade abstrata da lei no caso concreto posto à sua análise.

Ou seja, o processo constitui um instrumento de que se vale o Estado para proteger os direitos eventualmente violados, garantindo-se ao ente estatal a oportunidade de usufruir o seu exercício, ao mesmo tempo em que impõe ao sucumbente a subordinação ao comando estabelecido na decisão.

Muito embora a teoria de Chiovenda ainda se apresente bastante atual, o que faz com que detenha um maior número de adeptos, certo é que não deve ser esquecida a formulação estabelecida por Oscar von Büllow sobre o tema¹⁴⁶.

Entretanto, o perfeito entendimento da formulação procedida pelo autor citado deve passar, necessariamente, pela plena distinção do que seja processo e do que seja procedimento.

Enquanto a idéia de processo pressupõe a abstração, a de procedimento se torna mais facilitada, na medida em que constitui o aspecto palpável ou fisicamente verificável daquele.

¹⁴⁴ Como, por exemplo, nas hipóteses dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, que correspondem, no dizer da doutrina, hipótese de atuação anômala da jurisdição, traduzindo-se em verdadeira administração pública de interesses privados.

¹⁴⁵ Sendo que, na verdade, o objeto do estudo do próprio Direito são o conjunto das relações humanas, exteriorizado na lei apenas como decorrência do sistema positivado.

¹⁴⁶ BÜLOW, Oscar von. **Die Lehre von den Prozesseinreden und den Prozessvoraussetzungen**. Giessen: [s.e], 1868.

Não se pode visualizar o processo. O mesmo não se diga, porém, do procedimento, já que constitui a face exterior daquele.

O procedimento corresponde a um conjunto de atos a serem praticados no curso do processo, de maneira absolutamente coordenada no tempo e no espaço, sempre tendente ao atingimento de um objetivo comum, no caso, a declaração judicial acerca do mérito da pretensão levantada em juízo.

Bülow, partindo da concepção de procedimento, conseguiu identificar no processo muito mais do que um mero instrumento à disposição do Estado. Viu-o como um conjunto de atos ou obrigações que tocam a todos os intervenientes do processo, que, por essa razão, devem se ajudar mutuamente, sempre com a finalidade última de que seja alcançado o resultado do processo.

Veja-se que a noção por ele estabelecida diverge, e muito, das demais apresentadas, sobretudo porque traz consigo a idéia de um magistrado que se porta não mais como um mero espectador inerte da conduta das partes no processo, aguardando lhe sejam trazidos os elementos que fundamentarão a conclusão por ele apontada na sentença. Tem-se na pessoa do magistrado, agora, um verdadeiro interveniente da relação jurídica processual.

Ou, como leciona Lúcio Grassi de Gouvea:

Tem sido uma preocupação constante dos processualistas modernos, além da entrega da prestação jurisdicional de forma rápida e eficiente, que os procedimentos tenham um caráter eminentemente dialético, com ampla participação das partes, que devem cooperar com o juiz na busca da verdade real, devendo ter esta uma participação ativa no processo.

Nesse sentido, por exemplo, o art. 130 do Código de Processo Civil brasileiro, importante regra que determina “cabará ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Não pode assim o magistrado, diante da prova colhida nos autos e ainda quando os fatos não lhe parecerem devidamente esclarecidos, adotar o cômodo entendimento de que se trata de um poder discricionário a ser ou não exercido por ele. Trata-se do poder-dever de esclarecer os fatos, se necessário, determinando a produção de provas de ofício. Ultrapassada esta etapa, só então poderá aplicar o ônus da prova, que, geralmente, em relação aos fatos constitutivos caberá ao autor e aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, ao réu.

Dessa forma, uma concepção hodierna de processo civil passa por um juiz ativo e participativo. Essa realidade vem sendo destacada pela legislação e doutrina estrangeiras¹⁴⁷.

Essa nova atuação do magistrado, porém, esbarra no resguardo da necessária imparcialidade em relação ao interesse posto à sua análise.

¹⁴⁷ GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: **Leituras complementares de processo civil**. Fredie Didier Jr. (org.). 3. ed. Salvador: Podivm Edições, 2005. p. 283.

Às partes propriamente ditas cabe uma atuação mais ativa no sentido de prestar a sua efetiva colaboração ao regular desenvolvimento da atividade desenvolvida no processo. Por outro lado, é delas exigido o dever de submeter-se aos resultados das atividades exercidas por todos os intervenientes do processo.

Compartilha da idéia mencionada Vicente Greco Filho que, com propriedade, leciona:

O processo é uma entidade complexa que apresenta dois aspectos: o intrínseco ou essencial e o exterior. Na essência, o processo é a relação jurídica que se instaura e se desenvolve entre autor, juiz e réu; na exteriorização o processo se revela como sucessão ordenada de atos dentro de modelos previstos pela lei, que é o procedimento. Essência e exterioridade, porém, são inseparáveis. Não há processo sem procedimento e não há procedimento que não se refira a um processo. Mesmo nos casos de processo nulo ou procedimentos incidentais o procedimento não existe em si mesmo, mas para revelar um processo, ainda que falho¹⁴⁸.

Fernando Capez, também em análise sobre o tema, assim se expressa:

O processo, instrumento de atuação da função jurisdicional, pode ser encarado sob dois prismas distintos, mas intimamente conexos entre si: a) dos atos que representam sua forma extrínseca (objetivo); b) das relações que vinculam os sujeitos processuais (subjeto). Analisando-o sob o aspecto objetivo, isto é, dos atos, identificamos o seu primeiro elemento constitutivo: o procedimento, entendido como cadeia de atos e fatos coordenados, juridicamente relevantes, vinculados por uma finalidade comum, qual a de preparar o ato final, ou seja, o provimento jurisdicional, que, no processo de conhecimento, é a sentença de mérito. Sob o aspecto subjetivo, surge o segundo elemento, que lhe dá vida e dinamismo: a relação jurídica processual¹⁴⁹.

Dessa forma, além da noção de instrumento, o processo corresponde, também, ao estabelecimento pelo ordenamento jurídico das diretrizes e regras básicas a orientar não só a conduta das partes como do próprio magistrado, no sentido do atingimento do objetivo precípua do processo, qual seja, a busca por uma decisão acerca do mérito da demanda, compondo-se a lide, e, por conseguinte, tornando novamente estáveis as relações sociais.

Tornam-se as partes, com isso, agentes ativos na condução da relação jurídica processual ao seu termo, fazendo com que o magistrado, quando da fase de

¹⁴⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 17. ed. v. 2. São Paulo, Saraiva, 2007. p. 87.

¹⁴⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 2005. p. 13-14.

prolação do pronunciamento judicial, tenha maiores subsídios a amparar a sua convicção.

A respeito do advento dessa nova concepção do processo, já tive a oportunidade de me manifestar em estudo sobre as provas produzidas no processo penal, que tomo a liberdade de ora transcrever:

A alteração da concepção do processo, que repercute em todas as suas fases, determina, também, que se proceda a uma necessária revisão quanto ao destinatário da prova. Veja-se, como exemplo, a posição do professor Fernando da Costa Tourinho Filho: *Entende-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.*

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, a doutrina processual penal nacional lecionava (e, ainda hoje encontramos quem lecione) ter a prova como destinatário único e final o magistrado, na medida em que visa à formação da convicção desse. No sentido da concepção anterior, a título de exemplo, temos a lição de Paulo Lúcio Nogueira: *quanto à sua finalidade, é formar a convicção do juiz para proferir uma decisão de mérito.* Essa afirmação, muito embora correta quanto ao seu sentido, encontra-se incompleta quanto à sua extensão.

Apesar de se saber que *o objetivo ou a finalidade da prova é formar a convicção do juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa,* pode-se afirmar que é o magistrado, portanto, o destinatário final da prova. Mas não é o único.

A prova das alegações formuladas pelas partes ou eventualmente trazidas aos autos por atividade instrutória de ofício pelo magistrado serve não somente ao juiz, mas ao próprio processo, e, em última análise, à jurisdição, constituindo-se em garantia da sociedade e do Estado. Assim, pode-se afirmar que, no âmbito do processo, a prova não pertence à parte que a produziu, mas ao próprio processo. Trata-se do princípio da aquisição ou da comunhão da prova¹⁵⁰.

Ganha não só o Estado mas, também, a própria sociedade, que, a partir dessa nova visão, passa a depositar maior confiança nas decisões avindas do Poder Judiciário.

É esse o escopo atual do processo.

4.2 Do erro judiciário e seus efeitos

A face exterior do processo, como visto, traduz-se na prática de uma série de atos coordenados de forma lógica e cronológica – cujas natureza e seqüência são

¹⁵⁰ BARBOSA, André Luis Jardim. **O valor da sentença penal condenatória fundamentada em impressões subjetivas do magistrado.** Monografia de conclusão de curso de pós-graduação *lato sensu* junto à Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, 2005. p. 22.

previamente determinadas pela própria lei –, tendo sempre como finalidade última o atingimento da decisão acerca do mérito da causa.

Embora seja a sentença o ponto culminante do processo, não se deve descuidar que o seu alcance está a demandar tenha sido observado o devido processo legal, por imposição do próprio texto constitucional vigente, a que, aliás, já se fez referência¹⁵¹.

Moacyr Amaral Santos, a respeito do tema, assim se expressa:

Repita-se mais uma vez, o processo é uma série de atos, uns causando outros, tendentes a uma provisão do órgão jurisdicional. É o movimento dos atos das partes e do juiz, ou seja, dos sujeitos da relação jurídica processual, em direção até a sentença. Assim, no processo, as atividades dos sujeitos da relação processual convertem-se em atos. *Atos processuais*, porque atos do processo São, assim, atos dos sujeitos da relação processual: *atos das partes* (Cód. Proc. Civil, arts. 158 a 161) e *atos do juiz* (Cód. Proc. Civil, arts. 162 a 165). O principal ato da parte é o ato constitutivo da relação processual – a petição inicial; do juiz, o principal ato, no processo de conhecimento, é o que define e resolve a relação – a sentença. Mas entre esses atos, que são o primeiro e o último, produzem-se numerosos outros, conservando, desenvolvendo, modificando ou encerrando a relação processual¹⁵².

Logo, a sorte do processo estará a depender, muito mais do que do mero apego ao ordenamento jurídico vigente, de um bom encadeamento dos atos processuais por parte de cada um dos intervenientes da relação jurídica processual – juiz, autor e réu –, seja no sentido da busca pelos elementos que servirão de subsídios para a formação da convicção do magistrado, seja no sentido da preservação da integridade da relação jurídica instaurada.

Essa atuação dos sujeitos da relação jurídica, todavia, não poderá jamais se descuidar da observância aos ditames estabelecidos pela própria ordem jurídica. É imposta aos *atores* do processo a fiel obediência aos ditames da probidade, da lealdade e da boa-fé.

Do contrário, restará configurada a injustiça, num flagrante desapego à função precípua do Direito, qual seja, a do restabelecimento da paz social.

A esse respeito, merece transcrição a lição expendida por Carlos Aurélio Mota de Souza:

¹⁵¹ Art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

¹⁵² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 284-285.

Conclui-se destas observações predominar no processo moderno o princípio de probidade, que determina sejam as partes verazes, comportando-se com *lealdade* e *boa-fé*, impondo-se limitações às atividades nocivas, a fim de que não extravasem da conduta ética que, implícita ou explicitamente, se contém na disciplina processual.

Entende-se, pois, que a violação ao dever de probidade no processo equipara-se a *ilícito processual*, passível de sanções, quer incidindo na relação de direito material, caracterizada pelas figuras típicas da *lide temerária* e *defesa maliciosa*, quer se manifeste em atos do procedimento ou na conduta das partes no desenvolvimento da relação processual (provocação de acidentes infundados, inércia prolongada, resistência à penhora, ocultação de documentos, etc.).

E reputa-se como ilícito processual, ou em espécie mais grave, *delito ou dolo processual*, os desvios ao princípio de probidade que esbarram em medidas de proteção adequada, seja de ordem econômica, seja de natureza meramente processual, seja afetando mesmo o direito disputado, impondo-se aos infratores um sistema fiscalizador, ou medidas de prevenção, que visa antes obstá-los que reprimí-los.

A contenção das atividades das partes, portanto, não se reduz apenas ao respeito às condições materiais ou formais do processo, mas também às regras morais que as sustenta e as vivifica¹⁵³.

A probidade diz com o dever que toca às partes de se portarem de acordo com a ética na condução de sua atividade no processo e na apresentação de suas razões, procurando se abster da utilização de mecanismos fraudulentos e passíveis de denotarem o cometimento de fraudes.

A boa-fé refere-se ao dever da parte de estabelecer as suas manifestações no processo de acordo com a verdade, a respeito da qual cabe uma necessária observação.

Muito embora seja finalidade do processo a busca da verdade real, ou seja, a reconstituição dos fatos tal como se deram na realidade, os inúmeros obstáculos apostos ao processo – dentre os quais se recorre, com freqüência, à questão cronológica que permeia a relação jurídica processual – fazem com que o magistrado, muitas vezes, contente-se com a chamada verdade possível, sem que isso determine qualquer espécie de invalidade.

A esse respeito, leciona Guilherme de Souza Nucci:

É preciso destacar que a descoberta da verdade é sempre relativa, pois o que é verdadeiro para uns pode ser falso para outros. A meta da parte no processo, portanto, é convencer o magistrado, através do raciocínio, de que a sua noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição¹⁵⁴.

¹⁵³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz**. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987. p. 47.

¹⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 327.

A lealdade compreende, por fim, a tentativa de se impedir a parte de formular manifestações absolutamente desprovidas de fundamentos, de todo inúteis ou meramente procrastinatórias.

A obediência a esses preceitos tem sido uma preocupação constante do legislador¹⁵⁵. Prova disso é o que se extrai da leitura de alguns dos artigos inaugurais do Código de Processo Civil – artigos 14 e 15 –, quando estabelecem serem os princípios citados deveres a serem observados pelas partes na condução de sua atividade na relação jurídica processual. Sobre eventual desobediência ao comando citado incidirão as hipóteses de responsabilidade, igualmente estabelecidas pela legislação vigente – artigos 16 a 18.

A responsabilização da parte pela má-fé processual, com a conseqüente imposição de seus efeitos, pressupõe tenha sido observado, em relação àquela, o contraditório e a ampla defesa.

Isso não somente em face do mandamento constitucional¹⁵⁶ como, também, porque a má-fé exige a correspondente prova de culpa da parte, não sendo essa, portanto, presumida.

É o que demonstra o entendimento jurisprudencial acerca do tema:

A má-fé não se presume, devendo estar plenamente configurada. Necessária a comprovação indubitosa para caracterizar-se a litigância de má-fé, não estando suficientemente demonstrada, impossível aplicação da sanção por suposta incursão ao artigo 17 do Código de Processo Civil.¹⁵⁷

A análise feita pela jurisprudência acerca dos três deveres básicos que tocam às partes na relação jurídica processual tem produzido resultados bastante significativos no sentido de reprimir atitudes contrárias ao que determina a lei.

É o que se verifica da análise da decisão a seguir transcrita:

O art. 14 do vigente CPC discrimina, no concernente às partes, os preceitos éticos basilares, entre os quais expor os fatos em juízo conforme a verdade, proceder com lealdade e boa-fé, e não formular pretensões, nem objetar defesa, ciente de que são destituídas de fundamento. A inobservância desses preceitos acarreta as sanções do art. 16 – responsabilidade por perdas e danos – e do art. 18 – indenização dos prejuízos, honorários advocatícios e todas as despesas efetuadas.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Muito embora se deva reconhecer as importantes inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, fez-se necessária a restrição do tema à análise dos artigos do Código de Processo Civil sobre o tema.

¹⁵⁶ Art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

¹⁵⁷ TAPR, EDcl n. 139762202, (12826) – Cerro Azul, 4ª C. C., Rel. Juiz Fernando Wolff Bodziak, **DJPR** 09.06.2000.

¹⁵⁸ Ac. da 8ª Câmara. Do 1º TACívSP de 28.04.87, no Agr. n. 372.127, Rel. Juiz Pinheiro Franco; **JTACiv.SP**, 103/181.

As discussões, todavia, não se restringiram ao âmbito da Justiça dos Estados, ganhando âmbito e relevância nacionais, o que demandou a manifestação do Superior Tribunal de Justiça a respeito:

O impetrante, como o autor de qualquer ação, deve guardar lealdade processual. Atua ilicitamente, omitindo fato relevante de que é exemplo, ação, antes deduzida, cujo pedido fora julgado improcedente, transitando em julgado. Incidência do art. 17, II c/c art. 18 do CPC.¹⁵⁹

Talvez a porção mais visível dos resultados anteriormente mencionados seja a cada vez mais recorrente utilização de reformas nas leis processuais civis e penais, ainda que se possa taxá-las de meramente pontuais.

A crítica, embora tenha sua razão de ser, é descabida. Sabe-se que a reforma do sistema como um todo demandaria um lapso temporal bastante considerável, com o qual já não se coaduna a velocidade das transformações sociais verificadas na atualidade.

Assim, quando finalmente a lei reformadora estivesse apta a irradiar validamente os seus efeitos, já estaríamos a demandar uma nova reforma.

Teríamos a insegurança jurídica aliada à descrença nos órgãos encarregados da distribuição da justiça, tal como ocorre na atualidade.

A análise procedida até o momento refere a atuação e os deveres a serem observados pelos sujeitos parciais do contraditório. Viu-se, contudo, que o conceito moderno de processo não se exaure na conduta das partes, demandando a análise, também, da conduta do magistrado, sujeito imparcial da relação jurídica processual.

Impedido que é de provocar a atuação da jurisdição, de ofício – *nemo procedat judex ex officio* –, ao juiz é resguardada a prática de uma série de atos processuais. Alguns deles têm por finalidade simplesmente conferir movimentação do processo. São os despachos de mero expediente. A outros, porém, é conferida certa carga decisória, dentre os quais insere-se a sentença.

É a sentença o ato mais importante não só dentre todos os que são atribuídos ao magistrado no curso da relação jurídica processual, como, também, para o próprio processo.

Isso porque é dela que se extrai o raciocínio empreendido pelo magistrado, em face da argumentação e contra-argumentação expendida pelas partes nas suas razões, assim

¹⁵⁹ STJ, 3ª Seção, MS n. 4.638/DF, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, ac. 25.06.1997, DJU 15.09.1997, p. 44.274.

como o estabelecimento do comando que passará a reger o caso concreto, vinculando-se as partes ao cumprimento daquele, seja de forma espontânea ou provocada.

Com isso, compõe-se o conflito de interesses surgido, restabelecendo-se a paz social.

É o que, aliás, leciona Elpídio Donizete Nunes:

Como ato processual, a sentença é síntese do processo, cujo objetivo é a composição do litígio. O autor, por meio da petição inicial expõe a sua tese, isso é, o pedido com a devida fundamentação. O réu, por seu turno, a despeito de ter a faculdade de permanecer inerte ou reconhecer a procedência do pedido do autor, geralmente, oferece resposta (contestação, exceção ou reconvenção) opositiva à pretensão objeto da tese – a antítese. À resposta do juiz que põe fim ao processo, seja acolhendo ou rejeitando o pedido do autor, dá-se o nome de sentença¹⁶⁰.

A sentença, portanto, constitui o momento culminante da relação jurídica processual. É nela que o magistrado cumpre o seu ofício, ou seja, entrega às partes a prestação jurisdicional invocada. Prova disso é que, a partir de sua publicação¹⁶¹, já não mais deterá o juiz competência para a solução de eventuais questões que, porventura, surgirem. Salvo, por óbvio, a correção de erros materiais ou de contradição, obscuridade ou omissão, vícios sanáveis pela via do recurso de embargos de declaração¹⁶².

Mais importante do que a conceituação da sentença, visto tratar-se de um ato processual deixado a cargo do magistrado, é o entendimento a respeito da forma pela qual o raciocínio judicial é empreendido.

Sabe-se que muito embora seja o magistrado livre na formulação de sua convicção, não está livre de ter de fundamentar a decisão proferida.

Corresponde essa a uma garantia das partes – e, também da própria sociedade – de conhecer as razões de fato e de direito que conduziram o magistrado àquela conclusão. Não fosse assim, poder-se-ia ter configurada a arbitrariedade judicial, com o que não se coaduna o ordenamento jurídico vigente.

Assim, na formação da sua convicção, estará o julgador necessariamente adstrito aos elementos de prova contidos nos autos, tenham sido trazidos por atividade probatória das partes ou dele próprio – isso nos casos em que a lei o autorize a assim proceder.

¹⁶⁰ NUNES, Elpídio Donizetti. **Redigindo a sentença cível**. 3. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2005. p. 1.

¹⁶¹ Quando às partes é conferido o conhecimento acerca do decidido.

¹⁶² A esse recurso é negado, porém, o efeito infringente ou modificativo da decisão.

Merecedora de elogios, nesse ponto, a atuação das partes, quando tenha por objetivo proporcionar ao magistrado um conhecimento preciso – tanto quanto seja possível –, acerca de como os fatos se deram na realidade. A formação da convicção do magistrado, desse modo, se dará de forma isenta e imparcial, fazendo, por conseguinte, com que seja aplicada a justiça.

As idéias até então aventadas dizem respeito a um ideal de processo a ser perseguido. E diz-se ideal uma vez que nem sempre será possível visualizar o desenvolvimento da relação jurídica processual de acordo com os preceitos citados.

Infelizmente, não raras vezes, vê-se que o processo tem sido utilizado como mero instrumento de consecução de finalidades nem sempre acobertadas pelo Direito ou pela moral.

Tal ocorre quando as partes, pelos elementos de convicção por elas trazidos aos autos, procuram induzir o magistrado no sentido da formulação errônea do raciocínio por ele expandido por ocasião da prolação da sentença.

É o que se denomina erro judiciário, cujos efeitos e possibilidade de atribuição ao próprio Estado constituem objeto do presente trabalho.

Aqui, faz-se necessária uma pequena observação.

A pesquisa é delimitada de forma a restringir-se ao estudo da sentença penal absolutória, proferida, portanto, no âmbito do processo penal. O entendimento das razões determinantes dessa restrição são as mais diversas, ressaltando-se, sobretudo, os interesses envolvidos num ou noutro processo.

Enquanto no processo civil, de regra, a discussão havida entre as partes reside na transgressão a direitos meramente disponíveis, o processo penal lida com a liberdade do indivíduo em contraposição ao direito que tem o Estado de perseguir o crime e o criminoso, impondo-se a esse, caso comprovado tenha agido com culpa – considerada em seu sentido lato, de forma a abranger tanto o dolo como as modalidades de culpa –, a correspondente sanção de natureza penal, seja ela privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

A liberdade é bem que, ao lado da vida, traduz-se no de maior relevância para o indivíduo.

Não se quer dizer com isso que, de outro lado, não tenha a vítima o direito à devida reparação caso seja possível confirmar tenha sido a absolvição determinada pelo erro judiciário. Afinal, trata-se de regra inscrita no ordenamento jurídico, desde os

seus primórdios, que a ninguém é dado impingir lesão ao direito de outrem, o que equivaleria a um enriquecimento indevido.

Isso não significa, contudo, que não serão abordados aspectos próprios da sentença condenatória e até mesmo do processo civil.

Há muito se tem defendido uma abordagem sistemática da matéria, fazendo com que o estudo do Direito não se torne estanque.

Feita a necessária observação, prossigo na análise do tema.

Não constitui tarefa das mais fáceis estabelecer um exato conceito de erro judiciário. Prova disso é a diversidade existente na própria doutrina, a qual se justifica, na medida em que os conceitos restringem as idéias, de modo que uma tentativa imprudente de conceituação poderia vir em prejuízo do próprio exercício do poder jurisdicional pelo Estado, causando embaraços aos magistrados quanto ao desempenho das funções de que são investidos.

A respeito da conceituação, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias leciona:

Não é fácil precisar tecnicamente o que seja erro judiciário, verdadeiro risco inerente à função jurisdicional do Estado, sendo procedente a advertência de Juan Montero Aroca, em tal sentido, ao observar que muito se tem divagado sobre o erro judiciário, mais com ânimo sentimentalista e menos com precisão técnica, tratando-se, portanto, de um desses conceitos em direito que mais se sente do que se pode expressar. Segundo o autor, a qualquer pessoa que se pergunte o que venha a ser erro judiciário, ao pretender dar a resposta, suporá sabê-lo, porém, no momento de explicá-lo perder-se-á em considerações óbvias. Não obstante, sob a ressalva de correr esse risco, o autor concebe o chamado erro judiciário aquele que desponta em uma decisão interlocutória ou sentença produzida em qualquer processo – de conhecimento, execução ou cautelar – compreendendo tanto o erro de fato quanto o erro de direito.¹⁶³

À dificuldade apontada aponha-se, também, a de que muitos são os fatores que podem determinar a errônea aplicação do direito ao caso concreto, variando da má-fé ou deslealdade processual – atuação livre e consciente no sentido da causação de um mal – ao próprio equívoco na interpretação dos fatos ou do próprio direito pelo magistrado¹⁶⁴.

¹⁶³ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: DelRey, 2004. p. 186-187.

¹⁶⁴ Muito embora tenha prevalecido na doutrina e na jurisprudência o entendimento segundo o qual o erro judiciário diz respeito ao erro quanto à interpretação fática, já que se presume deter o magistrado conhecimento suficiente acerca dos fundamentos jurídicos que permeiam a pretensão invocada pela parte.

No primeiro dos exemplos citados, visam as partes, em atuação conjunta ou isolada, o mero atingimento dos seus próprios interesses, o que é censurável, vez que absolutamente contrária à dignidade da Justiça.

Uma vez que o magistrado perceba esteja a parte se utilizando desse expediente, deverá procurar atuar no sentido de prevenir ou de reprimir tal conduta. Para tanto, utilizará seu poder de polícia na condução da relação jurídica processual¹⁶⁵.

Júlio Fabbrini Mirabete, em comentário sobre os poderes que tocam ao magistrado na condução do processo, expressa-se nos termos que se seguem:

Deve o juiz prover a regularidade do processo, ou seja, não só evitar que as irregularidades de rito e de ordem formal ocorram, mas promover as medidas que assegurem a justa aplicação da lei penal do processo. Incumbe-lhe também manter a ordem no curso dos atos processuais, podendo para tal fim requisitar a força pública. Trata-se de atividade administrativa, em que o juiz pratica atos de polícia com o objetivo de assegurar a ordem no decorrer do processo, podendo requisitar o concurso da polícia. É o que ocorre, por exemplo, com a polícia nas audiências (arts. 794 e 795) e sessões e no julgamento do júri (art. 497).¹⁶⁶

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, também em análise sobre o tema, assim lecionam:

Dirigir o processo significa fiscalizar e controlar a relação processual, fazendo com que se desenvolva regular e validamente. Deve decidir quem permanece e quem sai da relação processual; quais os atos que devem ser praticados. Edita comandos de natureza cogente, que devem ser suportados pelos sujeitos do processo (partes, MP, intervenientes), bem como pelos auxiliares da justiça.

O juiz deve coibir, prevenindo ou reprimindo os atos atentatórios à dignidade da justiça que sejam praticados no processo, independentemente de quem seja o seu autor (parte, interveniente, advogado, MP, auxiliar da justiça etc.). Deve, por exemplo, punir o litigante de má-fé; mandar riscar dos autos expressões injuriosas (CPC 15); reprimir a fraude de execução (CPC 593,600), dentre outras medidas.¹⁶⁷

Mas não é só.

Por vezes, as partes contam com a anuência do próprio magistrado, que, igualmente motivado por interesse egoístico, atua no sentido de acobertar a má-fé ou a deslealdade processual daquelas, numa atitude, muito mais do que deplorável, verdadeiramente odiosa.

¹⁶⁵ Arts. 125, inc. III, do Código de Processo Civil e 251, do Código de Processo Penal.

¹⁶⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 632-633.

¹⁶⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 384. notas 2 e 5.

E, uma vez que à conduta maliciosa advinda das partes é imposta a correspondente sanção processual, ao menos de se questionar não devesse ser a mesma solução adotada quanto à atuação dolosa advinda do órgão investido da jurisdição?

A resposta é, à evidência, positiva. Encontra-se, inclusive, expressa na lei¹⁶⁸.

Decorre, ademais, da própria concepção do processo.

Ou seja, tratando-se o processo de uma relação jurídica, deve tocar ao magistrado, assim como às partes, o resguardo da lealdade, da probidade e da boa-fé na condução das suas atividades.

E, uma vez que tenha agido com dolo, culpa grave¹⁶⁹ ou fraude, deve lhe ser imposta a correspondente responsabilização.

É preciso ressaltar que, nesse caso, a responsabilização será do magistrado, e não do Estado.

Como se viu, o dever do Estado de responder pelas condutas advindas de seus agentes se dará somente quando a atuação daqueles se dê de forma absolutamente condizente com o que determina a lei.

Não é, contudo, o que se verifica na situação posta, em que a atuação do magistrado se deu motivada por interesse exclusivamente seu. Cabe-lhe, portanto, responder pela eventual indenização.

Mas, se de um lado se pode afirmar que, no caso concreto, afigura-se de extremada dificuldade a comprovação do dolo ou da má-fé processual do magistrado ou das partes, por outro, o entendimento que se tem acerca dessas circunstâncias mostra-se bastante simplificada.

Tanto é verdade que, uma vez configurados, basta que se recorra às disposições expressas no ordenamento jurídico para a solução da questão.

Isso em tese, já que, na prática, a solução é bem diversa.

O mesmo não ocorre, porém, em relação à conduta das partes no sentido de induzir o magistrado à errônea interpretação dos fatos postos à sua análise. E daí a relevância da presente pesquisa.

¹⁶⁸ Art. 133, do Código de Processo Civil. Vale lembrar que idêntica regra atinge, também, as partes, o Ministério Público e os demais intervenientes da relação jurídica processual.

¹⁶⁹ Vale lembrar que a culpa grave é equiparada ao dolo.

Não poderia me descuidar de mencionar, por óbvio, que outros fatores determinam, ainda, a prestação falha ou deficiente da atividade jurisdicional do Estado, dentre os quais a disfunção do próprio aparelhamento de que dispõe o Poder Judiciário.

A observação encontra respaldo doutrinário, sobretudo nas lições de Odoné Serrano Júnior, para quem:

O erro judiciário, *lato sensu*, é um *error in judicando*. Ele frequentemente sucede por: a) dolo do juiz; b) culpa do juiz, nas modalidades negligência ou imprudência; c) decisão contrária à prova dos autos (por dolo ou culpa do juiz); d) indução a erro através da juntada ou não aos autos de elemento relevante ao esclarecimento da verdade (culpa da vítima ou culpa de terceiro – exclusiva e concorrente); e) aparecimento posterior de fatos ou elementos relevantes dos autos e que influíram decisivamente na prolação da sentença; etc¹⁷⁰.

Joel Carlos Figueira Júnior, também em análise sobre as causas citadas, esclarece serem essas:

a) decorrente de ato ilícito (omissivo ou comissivo – dolo ou fraude); b) por recusa, omissão ou retardamento de providência que deva tomar de ofício ou a requerimento da parte, sem justo motivo (culpa grave); disfunção da Administração da Justiça (deficiência no funcionamento da máquina judiciária); erro no oferecimento da tutela jurisdicional (erro judiciário *stricto sensu*)¹⁷¹.

Socorro-me, contudo, mais uma vez, do inafastável dever de racionalização do tema, a fim de que o presente capítulo não se torne absolutamente vazio de conteúdo e sem qualquer utilidade prática.

4.3 O erro judiciário na sentença penal absolutória decorrente da errônea interpretação dos fatos e a responsabilidade do Estado

Pelo que foi exposto até o momento, torna-se plenamente possível afirmar que o erro judiciário não constitui inovação dos tempos presentes.

Muito embora o imenso volume de ações judiciais a que estão sujeitos os nossos juízos a cada dia possa, eventualmente, justificar uma maior incidência de erros

¹⁷⁰ SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do estado por atos judiciais**: O serviço judiciário visto como um serviço público essencial num estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 1996. p. 149.

¹⁷¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Responsabilidade civil do Estado-juiz**. Curitiba: Juruá, 1995. p. 58.

no desenvolvimento da atividade jurisdicional, a verdade é que dele se tem notícia desde o estabelecimento da jurisdição enquanto forma de solução dos conflitos de interesses.

Aliás, não fosse o erro judiciário, e estaríamos ainda hoje impedidos de mover a competente ação de indenização contra o Estado.

Isso porque ocorreria hipótese de carência de ação por ausência de condição tida pela lei como apta ao exercício daquela, qual seja, a impossibilidade jurídica do pedido, já que ausente a correspondente previsão legislativa a amparar a pretensão deduzida pela vítima em juízo. A solução, por conseguinte, seria a extinção do processo sem resolução do mérito¹⁷², conforme o entendimento da doutrina ainda majoritária sobre o tema¹⁷³.

Luís Guilherme Catarino, referindo-se ao fenômeno da aplicação equivocada do Direito, refere que: “[...] os escândalos judiciais foram durante muito tempo o motor da evolução legislativa neste domínio da responsabilidade por acto danoso da função jurisdicional”¹⁷⁴.

Ainda a esse respeito, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias esclarece terem sido as injustiças cometidas contra as vítimas em juízo o fator determinante da alteração legislativa referente à responsabilização do Estado. E, quanto a isso, deixa expresso:

Com efeito, assinalam os doutrinadores que, na França, a mudança legislativa do seu *Code de Procedure Penal* (*Código de Processo Penal*), alterando o texto normativo do artigo 446º, efetivada por Lei de 8 de junho de 1895, teve sua marca histórica e gênese em rumorosos escândalos judiciais, entre os quais sobressaiu o célebre caso *Dreyfus*, de grande repercussão pública na época, projetando-se para o campo internacional. O jovem capitão Alfred Dreyfus, vítima de erro judiciário, embora sempre sustentasse sua inocência, no ano de 1884, foi acusado de crime de espionagem a favor da Alemanha (revelação de segredos e informações militares), o que resultou perda da patente militar, degradação e condenação à prisão perpétua, sendo deportado para a ilha do Diabo, na Guiana Francesa em 1894. Tendo-lhe sido negado o primeiro recurso de revisão, posteriormente veio a ser declarado inocente, reabilitado, indultado e indenizado, após descoberto o verdadeiro traidor e demonstrada a falsificação de documentos nos quais se fundamentou a sentença condenatória¹⁷⁵.

¹⁷² Art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

¹⁷³ Diz-se majoritária uma vez que não se pode negar a relevante contribuição prestada por aqueles que defendem a efetividade como um aspecto próprio do processo. A esse respeito, aliás, ganha destaque a obra de José Roberto dos Santos Bedaque: **Efetividade do processo e técnica processual** (2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.).

¹⁷⁴ CATARINO, Luís Guilherme. **A responsabilidade do estado pela administração da justiça**: o erro judiciário e o anormal funcionamento. Coimbra: Almedina, 1999.

¹⁷⁵ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: DelRey, 2004. p. 184.

Também no Brasil o erro judiciário fez suas vítimas, as quais, sem a necessária previsão legislativa, ficavam expostas aos efeitos da injustiça. Confira-se, a esse respeito, a lição expendida pelo autor anteriormente referido:

No Brasil, também ocorreu algo mais ou menos semelhante, havendo registro histórico de rumoroso caso de erro judiciário ocorrido em 1852, mas descoberto cerca de vinte anos mais tarde, o que levou o Código Penal de 1890 (publicado pelo Decreto n. 847, de 11.10.1890), ao tratar do processo de reabilitação criminal, em seu artigo 86, § 2º, a impor ao Estado a obrigação de indenizar os danos sofridos pela vítima de erro judiciário reconhecido na sentença de reabilitação criminal, norma que viria a ser repetida no Código de Processo Penal de 1941 (art. 630), ainda em vigor. Mencionado erro judiciário envolveu o fazendeiro Mota Coqueiro, que vivia na região de Macaé, Estado do Rio de Janeiro. Tendo ocorrido a morte de Francisco Benedito e de sua família, meeiro da fazenda de Mota Coqueiro, este foi acusado do morticínio, julgado e condenado à morte pela força, em virtude de depoimentos tendenciosos prestados por várias pessoas arroladas como testemunhas, as quais queriam proteger aqueles que ajudaram o verdadeiro culpado. Duas décadas após a execução de Mota Coqueiro, um escravo de nome Herculano, já liberto, confessou o crime, informando que o efetuara a mando da mulher de Mota Coqueiro, impelida por acesso de ciúmes do marido, que tivera suposto caso amoroso com uma jovem filha de Francisco Benedito¹⁷⁶.

Trata-se de erro bastante comum, portanto, o de tratar esse fenômeno como sendo oriundo dos tempos presentes. Advém, ao contrário, da própria condição humana e da interação havida entre os mais diversos grupos sociais.

Assim como igualmente se deve ter por errônea a premissa de considerar que o erro – que justifica seja movida a competente ação de responsabilização civil contra o Estado – somente se fará presente quando se esteja diante de uma sentença penal condenatória.

Pelo contrário, procuro demonstrar que o erro judiciário advém, também, da sentença penal absolutória. A fim de procurar justificar essa conclusão, contudo, algumas observações se fazem imprescindíveis.

É sabido que, uma vez ocorrido o crime, nasce para o Estado o interesse na precisa determinação da materialidade e da autoria daquele.

Isso porque a conduta criminosa, uma vez que incide sobre bens jurídicos relevantes e, por isso, protegidos pelo ordenamento jurídico, afeta de maneira bastante

¹⁷⁶ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: DelRey, 2004. p. 184-185.

sensível o âmbito das relações sociais. Ou seja, a prática da conduta delituosa, por si, inviabiliza o pleno desenvolvimento da vida em sociedade.

Instaura-se, com isso, a competente persecução penal contra o agente. Essa, por sua vez, de regra¹⁷⁷, é realizada em fases distintas, resguardando-se à primeira delas a obtenção de subsídios mínimos a amparar a convicção do órgão constitucionalmente legitimado para a instauração da fase subsequente. Trata-se do inquérito policial¹⁷⁸. A segunda delas diz respeito à ação penal propriamente dita, instaurada, agora, perante o Poder Judiciário, a quem, como se viu, é outorgado o poder de dizer o direito no caso concreto.

Em ambas as fases citadas, portanto, percebe-se que estão colocados em lados diametralmente opostos o Estado e o indivíduo.

Ao primeiro é resguardado o poder-dever de, uma vez comprovada a materialidade e a autoria do crime, impor ao agente a sanção correspondente. Ao indivíduo, de outro lado, é concedida a garantia de se opor aos argumentos contra si lançados, aduzindo, para tanto, todos os argumentos defensivos que, porventura, entenda dispor. A isso corresponde o princípio da ampla defesa.

Mais uma vez, não é só.

O exercício da ação não pode importar, ainda, a supressão da observância do procedimento legalmente previsto como apto à verificação da responsabilização penal do agente pela prática do fato.

Trata-se, aliás, de norma inscrita na própria Constituição Federal – e quanto a isso já se fez referência em momento anterior –, a de que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens senão após observado o procedimento previsto em lei, tido como hábil para tanto¹⁷⁹.

Ou seja, para que se possa chegar ao resultado final do processo, é preciso que sejam ultrapassadas todas as fases do procedimento legalmente estabelecido, outorgando-se ao magistrado o conhecimento mais próximo possível da realidade dos fatos.

¹⁷⁷ Diz-se de regra porque nem sempre a instauração do inquérito policial constitui condição necessária para o exercício da ação penal. Nada obsta a que o Ministério Público, desde que se trate de ação penal pública, socorra-se de outros elementos de informação colhidos em procedimento apuratório diverso. É o caso, por exemplo, da apuração das infrações penais pela via das Comissões Parlamentares de Inquérito. O que, aliás, pode ser inferido da análise conjunta dos artigos 12 e 39, § 5º, ambos do Código de Processo Penal.

¹⁷⁸ Art. 4º, *caput*, do Código de Processo Penal.

¹⁷⁹ Art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Para tanto, mostra-se imprescindível o exercício da atividade probatória no processo, a fim de que se possa determinar, com precisão, todas as circunstâncias que cercam a conduta cuja autoria é imputada ao agente.

Tem a citada atividade por objeto a comprovação de um fato ou de uma alegação trazida por aqueles que participam da relação jurídica processual¹⁸⁰.

Percebe-se, com isso, a extremada relevância da atuação das partes na relação jurídica processual, sobretudo no que toca à fase instrutória do processo, já que cabe a elas, de ordinário, o oferecimento dos elementos formadores da convicção do magistrado, o qual será devidamente externado por ocasião da sentença penal, tenha ela cunho condenatório ou absolutório, a depender da distribuição do ônus da prova no processo.

É bem verdade que sempre que se trata de tecer considerações acerca da distribuição desse ônus, não se pode deixar de fazer menção à nova orientação trazida pelo texto constitucional de 1988.

Ao estabelecer a presunção de não-culpabilidade do indivíduo até o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória¹⁸¹, fez o legislador constituinte com que fosse alterado todo o panorama instrutório processual, bem como a posição do próprio acusado no processo, tornando-o sujeito de direitos, e não mais mero objeto de investigação.

Firmada essa premissa, no que tange ao citado ônus, torna-se perfeitamente possível afirmar caber à acusação a comprovação dos fatos constitutivos dos argumentos descritos na inicial acusatória¹⁸². À defesa, por sua vez, cabe a alegação e a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos da pretensão deduzida pela acusação. Toca-lhe, por exemplo, a invocação de que esteja a conduta perpetrada pelo agente devidamente acobertada por qualquer das causas excludentes da ilicitude¹⁸³.

Significa dizer que constitui pressuposto da culpabilidade de um indivíduo que esteja devidamente comprovada a existência material do fato – considerado pela lei como delituoso – que é imputado ao agente na peça inicial acusatória, ao mesmo tempo

¹⁸⁰ Note-se que, pela afirmação referida, inclui-se na atividade instrutória a pessoa do magistrado, devendo esse procurar manter íntegra a sua imparcialidade no processo.

¹⁸¹ Art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Muito embora receba o mencionado dispositivo, também, a denominação de princípio da presunção da inocência, prefiro e adoto no presente estudo a denominação de princípio da não-culpabilidade, haja vista que a inocência é prerrogativa de qualquer indivíduo, sendo culpável somente quando ocorrer sentença condenatória transitada em julgado que assim o afirme.

¹⁸² Corresponde à denúncia, nas ações penais públicas (incondicionadas e condicionadas), e à queixa nas ações penais privadas (exclusiva, personalíssima e subsidiária da pública).

¹⁸³ Art. 23 do Código Penal. Nesses casos, o agente será absolvido com fundamento no artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal.

em que haja prova efetiva do cometimento da infração penal pelo agente. Do contrário, impor-se-á a absolvição daquele.

É o que, aliás, determina o artigo 386, incisos I e II, do Código de Processo Penal.

Mas pode ocorrer, também, que a conduta, cuja existência restou afirmada e comprovada e que tenha sido efetivamente afirmada na pessoa do acusado, não se traduza em fato criminoso.

São hipóteses em que a conduta do agente se insere no âmbito meramente privado das relações jurídicas havidas entre os indivíduos, não merecendo criminalização pelo ordenamento jurídico vigente.

Nesses casos, estará o magistrado igualmente impedido de impor a responsabilização penal ao agente. Isso porque se trata de fato que a própria lei entende não ser criminoso¹⁸⁴.

Restará à vítima, com isso, tão-somente se socorrer da ação de responsabilização do agente pela via civil.

Não deve ser esquecido, todavia, que o processo penal, marcado que é pelas circunstâncias próprias de cada conduta delituosa havida no mundo dos fatos, por vezes determina, ainda, que esse ônus da prova venha a ser mitigado ou até mesmo excepcionado.

Uma vez que o ordenamento jurídico vigente veda a responsabilização penal tanto pelo fortuito como pelas meras presunções, o eventual surgimento de dúvida no tocante à culpabilidade do acusado deverá ser interpretado em favor da defesa.

Entende o legislador que o órgão acusatório não se teria desincumbido a contento de um ônus que a ele tocava. Não resta ao magistrado outra solução que não a de absolver o acusado por insuficiência de provas a embasar a condenação.

É o que determina o artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Percebe-se, assim, que, muito embora deva ser a relação jurídica processual permeada e marcada pelo traço característico da igualdade das partes – traduzindo-se esse, aliás, num dever a cargo do magistrado na condução do processo –, de forma a que seja garantida a elas, tanto quanto seja possível, a chamada *paridade de armas*, a verdade é que, no que diz respeito às provas das alegações feitas em juízo pelos

¹⁸⁴ É o que estabelece o artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

sujeitos do contraditório, a própria lei estabelece, já de antemão, uma distinção, fazendo com que prevaleça a liberdade do indivíduo.

É o que faz com que a atividade do magistrado seja a mais árdua dentre todas aquelas desenvolvidas pelos demais sujeitos da relação jurídica processual.

Isso em razão de caber-lhe não só a condução e a polícia das atividades desenvolvidas pelas partes mas, principalmente, a interpretação das alegações trazidas por essas, determinando, no caso concreto, qual das versões haverá de prevalecer.

É a sentença, portanto, o ponto culminante do processo, traduzindo-se em ato de inteligência pelo qual o magistrado analisa os pontos principais das alegações trazidas aos autos, formulando sobre elas a síntese do raciocínio por ele apreendido.

É justamente essa síntese que corresponderá ao comando regente da relação jurídica posta ao seu exame, e ao qual as partes devem se submeter.

Se, de um lado, percebe-se a complexidade do trabalho empreendido pelo magistrado por ocasião da formulação do raciocínio expandido na sentença – traduzindo-se a fundamentação da decisão num fator de garantia não só das partes, mas também de todo jurisdicionado, tanto que transformado em princípio constitucional¹⁸⁵ –, de outro, é plenamente possível se afirmar que esse raciocínio restará extremamente dificultado quando se vislumbre a atuação artilosa ou maliciosa de qualquer das partes no que toca à omissão acerca de pontos que se mostrem relevantes para o desfecho da causa.

Isso porque, afirmada a inexistência material do fato, ausente prova de que seja o acusado o autor da conduta praticada ou comprovado que o fato praticado está acobertado por qualquer das excludentes de ilicitude, como se viu, não restará ao magistrado outra opção que não a de absolver o acusado.

Estará a vítima do fato, por outro lado, inviabilizada de mover a competente ação civil *ex delicto*, por expressa determinação legal¹⁸⁶.

Torna-se ao menos possível o questionamento se não seriam essas, também, causas de determinação do erro judiciário.

Percorrendo-se a análise procedida pela doutrinação sobre o tema, a resposta é afirmativa. Essa situação, inclusive, é tida como um risco inerente ao

¹⁸⁵ Art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

¹⁸⁶ Artigos 65 e 66 do Código de Processo Penal.

exercício da jurisdição. Confira-se, quanto a isso, a lição expendida por Odoné Serrano Júnior:

O erro judiciário é a própria negação da Justiça, o que importa, para sua reparação, no ressarcimento integral dos seus efeitos lesivos é o mais rápido possível.

Mas o erro judiciário, nem sempre só gera prejuízo. Na maioria das vezes gera prejuízo para uma das partes e benefício para outras. Na esfera penal, podemos cogitar numa absolvição indevida, que beneficia o condenado e prejudica a sociedade; na esfera civil, o erro judiciário pode importar num enriquecimento sem causa e, portanto, ilícito, para uma das partes, em contrapartida ao empobrecimento de outra.

Em todos os seus aspectos, o erro judiciário deve ser tido como um risco inerente ao próprio exercício da função jurisdicional. Compete ao Estado assumi-lo, para figurar na posição de devedor, toda vez que um ato judicial provocar um dano injusto¹⁸⁷.

Embora não se deva deixar de reconhecer a razão dos argumentos acima referidos, a verdade é que eles refletem não mais do que uma atuação covarde do próprio Direito, ferindo-o na sua função precípua de pacificação dos conflitos havidos entre os indivíduos e distribuição de justiça.

Isso porque corresponde a uma obediência cega ao comando decorrente da lei, quando se sabe que as disposições legislativas estão cada dia mais distantes da realidade.

É verdade que o comportamento criminoso afeta de maneira bastante relevante o ordenamento jurídico. Afinal, o que é o Direito senão o conjunto das normas advindas do poder soberano, estabelecidas com a finalidade precípua de ordenar os comportamentos tidos como aceitáveis numa determinada comunidade?

É o Estado, portanto, o sujeito passivo constante da conduta delituosa.

Mas não é o único.

Esquecemo-nos de que a questão deve ser vista, também, sob a ótica da vítima do fato criminoso praticado, uma vez que é sobre ela que recaem as conseqüências mais próximas e diretas daquela atuação contrária ao ordenamento jurídico.

A vítima, por vezes, dependente do resultado advindo do processo, vê obstado o seu direito de mover a competente ação de responsabilização civil pelo fato porque afirmadas pelo magistrado a existência de quaisquer das circunstâncias mencionadas no artigo

¹⁸⁷ SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do estado por atos judiciais**: O serviço judiciário visto como um serviço público essencial num estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 1996. p. 149-150.

65 e 66 do Código de Processo Penal, em razão de atuação maliciosa ou ardilosa de qualquer das partes.

Resta, dessa forma, duplamente penalizada. Primeiro, em razão da prática do crime. Depois, pelo obstáculo decorrente do próprio ordenamento jurídico que inviabiliza, inclusive, a revisão do julgado, já que o ordenamento jurídico não se coaduna com a revisão criminal *pro societate*.

Nada mais justo, portanto, que se lhe assegure ao menos o direito de mover a competente ação de responsabilização civil em face do Estado, e não mais do acusado, uma vez que o ordenamento jurídico veda expressamente a pretensão referida.

A responsabilização, ademais, pertence ao próprio Estado, já que o erro foi determinado por atuação de órgão dele integrante, sem que se tenha configurado o dolo ou a culpa grave do magistrado¹⁸⁸.

Do contrário, a prevalecer a orientação doutrinária apontada, estaríamos diante de uma obediência cega ao ordenamento jurídico vigente em detrimento dos ideais de justiça aos quais juramos um dia defender.

¹⁸⁸ Do contrário, como já se viu, a responsabilização será direta e pessoal desse.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por escopo a análise acerca da possibilidade de imposição ao Estado – enquanto ente central ordenador das normas de conduta a serem observadas pelos indivíduos – do dever de indenização da vítima pelo prejuízo por ela eventualmente suportado em decorrência do decreto de absolvição do agente a quem é imputada a prática da conduta delituosa, oriunda a sentença do erro judiciário.

Muito embora se saiba que o erro judiciário se exterioriza pelas mais diversas formas, optou-se em especial pela análise da conduta maliciosa das partes, agindo essas no sentido de influenciar na convicção do julgador acerca da interpretação dos fatos ou do próprio direito.

Fez-se necessário, dessa forma, estabelecer se em alguma hipótese seria o Estado instado ao ressarcimento da vítima, passando a integrar o pólo passivo da relação jurídica processual.

A resposta ao questionamento proposto mostrou-se afirmativa. E isso em decorrência do fato de que, em determinadas situações, a vítima encontra óbice à propositura de ação em desfavor do acusado pela prática da conduta. São as hipóteses em que seja reconhecida a existência de causa de exclusão da ilicitude, em qualquer de suas formas (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal), bem como os casos em que haja a afirmação categórica da inexistência material do fato.

Não se mostra justo esperar que a vítima venha a arcar com prejuízo para o qual não deu causa.

Necessário, assim, o estabelecimento de uma nova relação jurídica processual, contrapondo-se, de um lado, a própria vítima e, do outro, o Estado, enquanto ente detentor do poder-dever de perseguir o delito e impor a pena a ele correspondente.

A solução adequada à hipótese é, portanto, a de aguardar que a própria vítima ingresse com a competente ação de responsabilização.

O objeto da ação, como se viu, é o estabelecimento de indenização correspondente ao prejuízo gerado pela conduta delituosa, devendo, por óbvio, guardar a necessária proporção ao bem jurídico atingido. Isso porque a pretensão de imposição de pena já não mais subsiste, em face do caráter pessoal da pena, bem como a aplicação de sanção é incompatível com a própria natureza do Estado.

Mas, se por um lado responde o Estado, não se pode afirmar deva ser acionado, em hipótese alguma, o magistrado. Explico.

As hipóteses de responsabilização pessoal do magistrado encontram-se já previstas, de forma taxativa, em rol ofertado pela lei. Demandam o reconhecimento de que tenha aquele agente estatal atuado com dolo, o que não é o caso.

Não deve ser esquecido, também, que afirmação contrária viria de encontro aos princípios inerentes à jurisdição enquanto poder do Estado de resolver os conflitos, trazendo insegurança jurídica e ausência de provimentos de caráter definitivo por parte dos magistrados, comprometendo-se a já complicada relação havida entre o Poder Judiciário e a população que a ele se vê submetida.

Muito embora a função estatal de dizer o direito no caso concreto seja de extremada relevância e constituam os seus exercentes, sem qualquer sombra de dúvida, órgãos detentores de relevante parcela do poder político do Estado, a verdade é que o estudo acerca da forma pela qual essa função se exterioriza sempre se mostrou – e não pretendo nesse breve trabalho corrigir esse vício – incompleto.

E as razões são as mais diversas.

As mazelas da vida cotidiana têm demonstrado, contudo, a premente necessidade de uma análise mais detida das hipóteses em que se tenha por configurado o erro judiciário.

Afinal, a cada dia nascem novos processos, entavando a já precária estrutura judiciária brasileira e dando lugar à incidência desse fenômeno que, como se viu, nada tem de novo, mas que se afigura como uma incongruência do sistema.

Não me restringi, contudo, ao apontamento dos erros havidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Busquei ir além, estabelecendo de forma clara e precisa a solução a ser dada à hipótese.

O presente trabalho certamente atuará como agente propagador da idéia de um controle pessoal mais rígido sobre o trabalho exercido pelos juízes que, sabedores das circunstâncias apontadas, certamente agirão no sentido de conferir maior zelo na condução do processo, cumprindo não só com a sua função institucional mas exercendo, também, seu papel de poder do Estado.

REFERÊNCIAS

- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho da. A reintrodução do decreto autônomo com a E. C. 32/01. **Neofito**. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/informativo.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2007.
- ARISTÓTELES. **A política**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BARBOSA, André Luis Jardini. **O valor da sentença penal condenatória fundamentada em impressões subjetivas do magistrado**. Monografia de conclusão de curso de pós-graduação *lato sensu* junto à Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, 2005.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BÍBLIA SAGRADA. Tradução de João Ferreira de Almeida. Deerfield: Editora Vida, 1994.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 239, jan./mar. 2005.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BÜLOW, Oscar von. **Die Lehre von den Prozesseinreden und den Prozessvoraussetzungen**. Giessen: [s.e], 1868.
- CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Lisboa, 1965.
- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, [1995].
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Os poderes do presidente da república**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

- CARVALHO, Aluísio Dardeu de. **Nacionalidade e cidadania**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- CATARINO, Luís Guilherme. **A responsabilidade do estado pela administração da justiça: o erro judiciário e o anormal funcionamento**. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1985.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Evolução e involução no sistema jurídico**. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: DelRey, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Responsabilidade civil do Estado-juiz**. Curitiba: Juruá, 1995.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FUNÇÕES típicas e atípicas dos poderes. **Direitonet**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/resumos/x/27/77/27/p.shtml>>. Acesso em: 16 ago. 2007.
- GOMES, Orlando. **Obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- GOUVEA, Lúcio Grassi de. **Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real**. In: **Leituras complementares de processo civil**. Fredie Didier Jr. (org.). 3. ed. Salvador: Podivm Edições, 2005.
- GRECO FILHO, Vicente Greco. **Direito processual civil brasileiro**. 13. ed. v. 3. São Paulo, Saraiva, 2006.
- GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Tradução de Paulo Edmur de Souza Queiróz. São Paulo: Saraiva, 1953.
- HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

- JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Código de processo civil anotado**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
- LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Responsabilidade pública por atividade judiciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. Processo de Conhecimento. v. 2. 6. ed. revista, atualizada e ampliada da obra **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O estado de direito e o direito do Estado**. São Paulo: Bushatsky, 1977.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MESSIAS, Frederico dos Santos. Responsabilidade da administração pública. **Neofito**. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/admin34.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2007.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 34. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORSELLO, Marco Fábio. A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. Ano 7, n. 2, jul./dez. 2006.
- NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

- NUNES, Elpídio Donizetti. **Redigindo a sentença cível**. 3. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2005.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- OLIVEIRA, José Carlos de. **Responsabilidade patrimonial do Estado**: danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos. Bauru, SP: Edipro, 1995.
- PELUSO, César (coord.). **Código civil comentado**. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Manole, 2007.
- PIZATO, Octavio Pelucio Ottoni. Breve histórico da responsabilidade extracontratual do Estado e seu tratamento no direito positivo brasileiro. **Jus navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5272>>. Acesso em: 20 jul. 2007.
- ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SAWEN FILHO, João Francisco. **Da responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade civil do estado por atos judiciais**: O serviço judiciário visto como um serviço público essencial num estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 1996.
- SILVA, Carlos Roberto Souza da. A delinquência e o direito penal. **Neofito**. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/penal116.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2007.
- SILVA, Juary C. **A responsabilidade do estado por atos judiciais e legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz**. A igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- _____. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direitos à pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Editoral. v. 2, 2000.
- TRUJILLO, Élcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. São Paulo: Editora de Direito, 1995.