

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE HISTÓRIA, DIREITO E SERVIÇO SOCIAL**

DIOVANI VANDREI ALVARES

**RESPONSABILIDADES DO ESTADO E DO MAGISTRADO
FRENTE À CONCESSÃO OU DENEGAÇÃO DE TUTELAS DE
URGÊNCIA**

FRANCA

2008

DIOVANI VANDREI ALVARES

**RESPONSABILIDADES DO ESTADO E DO MAGISTRADO
FRENTE À CONCESSÃO OU DENEGAÇÃO DE TUTELAS DE
URGÊNCIA**

**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: Direito Obrigacional Público.**

Orientadora: Profª Drª Yvete Flávio da Costa

FRANCA

2008

Álvares, Diovani Vandrei

Responsabilidade do Estado e do magistrado frente à concessão ou denegação de tutelas de urgência / Diovani Vandrei
Álvares. –Franca : UNESP, 2008

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

1. Direito processual civil – Tutelas de urgência – Brasil.
2. Responsabilidade estatal. 3. Juízes – Responsabilidade civil.

CDD – 341.46226

DIOVANI VANDREI ALVARES

**RESPONSABILIDADES DO ESTADO E DO MAGISTRADO
FRENTE À CONCESSÃO OU DENEGAÇÃO DE TUTELAS DE
URGÊNCIA**

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: Direito Obrigacional Público.

COMISSÃO EXAMINADORA

PRESIDENTE: _____
Profª Drª Yvete Flávio da Costa

1º EXAMINADOR: _____
Profº Drº Antônio Márcio da Cunha Guimarães – PUC/SP

2º EXAMINADOR: _____
Profª Drª Riva Sobrado de Freitas – UNESP/FHDSS

Franca, _____ de _____ de 2008.

Este trabalho é dedicado:

Àquela que “nunca fala três vezes”; que com um simples olhar consegue expressar respeito e carinho. Que faz questão de gritar aos sete ventos que “é brava”, mas que enche minha vida de amor. É dela que herdo a paixão pela leitura, pelo magistério e pela cultura. Àquela quem me ensinou a erguer a cabeça, e a cada adversidade lembrar que sou capaz de superar tudo, demonstrando meus valores. Àquela que não apenas me deu a vida, mas principalmente me faz ter forças para continuar a viver...

Àquele que contagia a todos com alegria. Que embora viva numa eterna corda bamba, nunca deixou de “iluminar” meus caminhos. Dizer que tenho orgulho dele é pouco... É uma honra tê-lo em minha vida. Com abraços, sorrisos e beijos me ensinou a “pescar” cada uma das virtudes, que ninguém há de me tirar.

Àquela que serve de espelho desde que me entendo por gente... A cada passo, ampla admiração... Certamente sem ela eu não estaria nesta cidade, não estaria nesta faculdade, não teria esta profissão... Não seria a pessoa que sou hoje. Grato pela eterna cumplicidade.

A Maria Onélia... minha MÃE

A Celso Gimenes... meu PAI

A Dinessa, ou “Dina”... minha IRMÃ

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que estiveram ao meu lado de maneira incondicional... Certamente citando nomes, cometeria a mais bárbara injustiça, assim, prefiro demonstrar todo carinho que tenho por estas pessoas, a simplesmente lançar seus nomes em um singelo papel.

Porém, injustiça estaria cometendo se não mencionasse alguns nomes...

Vó Esmeralda... Vô Laurindo... Vó Matilde... Vô Miguel (*in memoriam*)... Por vossas presenças, pela sabedoria, pelo carinho, e pelas inesquecíveis histórias...

Giovanna (Mama), simplesmente te amo! Amor puro, sincero e incondicional... e Marcel, não fique com ciúmes; vocês são os melhores companheiros que alguém poderia ter... Transformaram minha vida em algo simplesmente “MARA”...

Bernadete, Bandidin, Tati Hitomi, Tati Veiga, Paulinha, Marcela, Jaum, Tololô, Parini, Maria Carolina, Denise, Malan, Lurdinha... A família que eu escolhi.

Mãeee Gel e irmã Bruna: pelas palavras de carinho, as atitudes de amor, e por todo carinho dispensado durante estes anos.

A todos meus amigos, grato pelos momentos... Afinal, a vida é feita deles...

Mas não há como deixar de agradecer ESPECIALMENTE a querida Profa. Dra. Yvete Flávio da Costa e seu amado esposo Cláudio, pelo suporte dado nestes difíceis anos. Saiba que admiro sua coragem, prezo por sua saúde, e mais importante, tenho orgulho de poder dizer, que além de seu aluno-orientando, sou seu “filho” (postição, mas ainda sim, um filho!).

“Sob a ponte da justiça passam todas as dores, todas as misérias, todas as aberrações, todas as opiniões políticas, todos os interesses sociais. E seria de desejar fosse o juiz capaz de reviver em si, para os compreender, cada um destes sentimentos”.

Pierre Calamandrei

ALVARES, Diovani Vandrei. **Responsabilidades do Estado e do Magistrado frente à concessão ou denegação de tutelas de urgência**. 2008. 328 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2008.

RESUMO

Tidas as tutelas de urgência como gênero diferenciado dentro das tutelas jurisdicionais, a progressiva importância que estas ganham no meio jurídico, demonstra a adoção, por parte dos legisladores e aplicadores do Direito, do princípio da efetividade, mesmo em face ao da segurança jurídica. Assim, a faculdade ofertada aos magistrados de concessão das mesmas, apresenta-se como verdadeira obrigação, a partir do momento em que analisamos a estrutura destas, que em seu sumário procedimento exige maior serenidade e agilidade de decisões para atingir seu escopo de medida de segurança, inclusive adotando uma cognição sumária, sacrificando-se a certeza, em nome de um processo mais útil, apto e eficaz. Desta forma, mesmo nas questões *inaudita altera pars*, de maior gravidade, e que sofrem maior resistência por parte dos magistrados, o *status* de obrigatoriedade de concessão, quando preenchidos os elementos embasadores (em especial *fumus boni iuris* e *periculum in mora*), a fim de não oferecer risco a jurisdição, que visam garantir, tornam tais tutelas verdadeiras pedras preciosas dentro do nosso moroso sistema processual. E quando negadas de maneira a ameaçar, ou mesmo tornar irreparável o dano ao direito do requerente, deve sim ser alvo de ações de responsabilização contra o órgão jurisdicional que erroneamente negou sua efetivação. Analisar a extensão da responsabilidade objetiva do Estado (na qual bastam estarem configurados o dano e o nexo causal), e subjetiva do Magistrado, é certamente a demonstração da efetividade do Estado de Direito.

Palavras-chave: Responsabilidade Estado. Responsabilidade Civil Juiz. Tutelas de Urgência.

ALVARES, Diovani Vandrei. **Responsibilities of the State and the Magistrate face to the concession or denial of urgency guardianships**. 2008. 328 f. Dissertation (Master in Law) – Faculty of History, Law and Social Work, São Paulo State University “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2008.

ABSTRACT

Considered the urgency guardianships as differentiated sort inside of the jurisdictional guardianships, the gradual importance that these earn in the legal way, demonstrates the adoption, on the part of the legislators and applicators of the Right, of the principle of the effectiveness, even in face of the legal security. Thus, the option offered to the magistrates of concession of the same ones, is presented as true obligation, from the moment where we also analyze the structure of these, that in its summary procedure greater demands serenity and agility of decisions to reach its target of measure of security, adopting a summary cognition, sacrificing the certainty, on behalf of a more useful process, apt and efficient. In such a way, exactly in the questions *inaudita altera pars*, of bigger gravity, and that they suffer greater resistance on the part from the magistrates, the status of concession obligatoriness, when filled the elements embased (in special *fumus boni iuris* and *periculum in mora*), in order not to offer risk to the jurisdiction, whom they aim at to guarantee, become such true guardianships inside precious rocks of our weak procedural system. And when denied in way to threaten, or yet to become irreparable the damage to the right of the petitioner, it must yes be white of action of responsabilização against the judicial body that erroneamente denied its efetivação. To analyze the extension of the objective responsibility of the State (in which they are enough to be configured the damage and the causal nexus), and subjective of the Magistrate, is certainly the demonstration of the effectiveness of the Rule of law.

Key words: Been responsibility. Civil liability Judge. Guardianships of Urgency

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	18
PARTE 1 A RESPONSABILIDADE	22
CAPÍTULO 1 O ESTADO	22
1.1 O Estado Democrático de Direito	22
1.1.1 Estado de Direito	22
1.1.2 Estado Democrático	23
1.1.3 Estado Democrático de Direito	25
1.1.4 A Separação dos Poderes.....	26
<i>1.1.4.1 O Poder Judiciário</i>	28
1.2 A Função Jurisdicional do Estado	29
1.2.1 Abordagem Histórica	29
1.3 Aspectos Relevantes da Jurisdição	32
1.3.1 Interesse Público	32
1.3.2 Serviço Público Monopolizado.....	33
1.3.3 Conceito e Finalidade	34
1.4 Aspectos da Responsabilidade Civil	35
1.4.1 Conceito de Responsabilidade e Responsabilidade Civil.....	35
1.4.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual: Conceitos e Apontamentos Históricos.....	37
1.4.3 Responsabilidade Subjetiva	40
1.4.4 Responsabilidade Objetiva	42
1.5 Responsabilidade Extracontratual do Estado	43
1.5.1 Evolução Histórica	45
<i>1.5.1.1 Teoria da Irresponsabilidade</i>	45
<i>1.5.1.2 Teorias Civilistas</i>	46
<i>1.5.1.2.1 Teoria dos Atos de Império e de Gestão</i>	47

1.5.1.2.2 Teoria da Culpa Civil	48
1.5.1.3 Teorias Publicistas	49
1.5.1.3.1 Teoria da Culpa do Serviço.....	49
1.5.1.3.2 Teoria do Risco Administrativo	51
1.5.1.3.3 Teoria do Risco Integral	52
1.5.2 Requisitos para Responsabilidade Objetiva do Estado	53
1.5.2.1 Dano Ressarcível.....	54
1.5.2.2 Nexo de Causalidade	55
1.5.2.3 Qualidade do Agente	56
1.5.3 Causas de Excludentes da Responsabilidade do Estado	56
1.5.3.1 Inexistência de Elemento (ou Requisito) Constitutivo da Responsabilidade	57
1.5.3.2 Culpa da Vítima	58
1.5.3.3 Culpa de Terceiro.....	58
1.5.3.4 Caso Fortuito e Força Maior	59
1.5.3.5 Estado de Necessidade, Legítima Defesa, Vício da Própria Coisa (ou Cláusula de Irresponsabilidade) e Prescrição	60
1.6 A Responsabilidade do Estado no Ordenamento Jurídico Brasileiro	61
1.6.1 Direito de Regresso	63
1.6.2 Os Atos que Importam em Responsabilização do Estado Brasileiro	64
1.6.2.1 Responsabilidade por Atos Comissivos Lícitos e Ilícitos	65
1.6.2.2 Responsabilidade por Atos Omissivos.....	66
 CAPÍTULO 2 O MAGISTRADO	 68
 2.1 O Magistrado como Agente Público do Estado.....	 69
2.1.1 Jurisdição como Serviço Público	69
2.1.2 O Agente Público Magistrado enquanto Servidor Público.....	70
2.2 O Exercício da Atividade Jurisdicional – da Magistratura	72
2.2.1 Garantias e Prerrogativas do Juiz.....	73
2.2.2. Deveres e Ética do Juiz.....	76
2.3 Responsabilidades	78
2.3.1 Política.....	79
2.3.2 Social	81
2.3.3 Jurídica	82

2.3.3.1 Responsabilização Penal	82
2.3.3.2 Responsabilização Disciplinar	82
2.3.3.3 Responsabilização Civil	84
2.3.3.3.1 Formas de Responsabilização Civil.....	85
2.3.3.3.2 No Brasil	87

CAPÍTULO 3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO-JUIZ 89

3.1 Responsabilidade do Estado por Atos do Estado-Juiz.....	89
3.1.1 Atividade Judiciária Administrativa e Jurisdicional	90
3.1.2 Pela Irresponsabilidade - ou Responsabilidade Excepcional - Doutrinas da Irresponsabilidade (e Contra-Argumentações)	91
3.1.2.1 Atos de Soberania.....	92
3.1.2.2 Independência Funcional da Magistratura	93
3.1.2.3 Falta de Previsão Legal Expressa	94
3.1.2.4 Falibilidade Humana.....	95
3.1.2.5 Autoridade da Coisa Julgada	95
3.1.2.6 Teoria do Risco Assumido pelo Jurisdicionado.....	97
3.1.2.7 Os Magistrados como Agentes Políticos (e Não Agentes Públicos)	97
3.1.2.8 Transposição do Julgado à Instância Colegiada.....	98
3.1.3 Pela Responsabilidade do Estado Juiz.....	99
3.1.4 A Responsabilidade do Estado-Juiz no Ordenamento Brasileiro	100
3.1.4.1 Embasamento Legal	101
3.1.4.1.1 Constituição Federal de 1988.....	102
3.1.4.1.2 Código Civil.....	105
3.1.4.1.3 Código de Processo Penal	107
3.1.4.1.4 Código de Processo Civil.....	108
3.1.4.1.5 Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN)	109
3.1.4.1.6 Lei de Abuso de Autoridade	110
3.1.4.2 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal Acerca do Tema.....	111
3.1.5 Direito Estrangeiro	112
3.1.5.1 Inglaterra	113
3.1.5.2 Estados Unidos da América.....	113
3.1.5.3 O Sistema da Civil Law	115

3.1.5.3.1 França	115
3.1.5.3.2 Itália	117
3.1.5.3.3 Alemanha	120
3.1.5.3.4 Espanha e Portugal	122
3.2 Requisitos para Responsabilização pelo Exercício de Atividade Jurisdicional.....	123
3.2.1 Jurisdição como Serviço Público e a Qualidade de seu Agente	123
3.2.2 Dano Injusto.....	124
3.2.2.1 <i>Tipos de Danos</i>	125
3.2.3 Nexo de Causalidade	126
3.2.4 Excludentes da Responsabilidade do Estado por Atos do Estado Juiz	127
3.3 Elemento Objetivo da Responsabilização pelo Exercício da Atividade Jurisdicional.....	129
3.3.1 Direito à Indenização por Ato Lícito do Estado	130
3.3.2 Erro Judiciário.....	131
3.3.2.1 <i>Causas do Erro Judiciário</i>	132
3.3.2.1.1 O Dolo – Simulação ou Fraude.....	133
3.3.2.1.2 O Erro ou Ignorância	133
3.3.2.1.3 A Culpa	134
3.3.2.1.4 Decisão Contrária à Prova dos Autos	135
3.3.2.1.5 O Erro Imputável não Imputável ao Julgador.....	136
3.3.2.1.6 A Errada Interpretação da Lei.....	137
3.3.2.1.7 A Exigência da Lei e sua Inadequada Aplicação	137
3.3.3 Funcionamento Anormal da Atividade Jurisdicional.....	138
3.3.3.1 <i>A Tutela Jurisdicional Tardia</i>	138
3.3.4 Denegação da Justiça.....	141
3.4 Elementos Subjetivos para Responsabilização do Juiz.....	142
3.4.1 O Dolo	142
3.4.2 A Culpa	143
3.5 Dano e sua Forma de Reparação	144
3.5.1 A Ação de Reparação de Danos.....	145
3.5.2 As partes na Ação de Responsabilidade Civil	146
3.5.2.1 <i>Legitimidade Ativa</i>	146
3.5.2.2 <i>Legitimidade Passiva</i>	146
3.5.3 A ação de Regresso Contra o Juiz faltoso	150

PARTE 2 TUTELAS DE URGÊNCIA	153
CAPÍTULO 1 O GÊNERO TUTELA DE URGÊNCIA.....	153
1.1 Função Jurisdicional: Formas de Atuação.....	153
1.1.1 Processo e Tempo	154
1.1.2 Eficácia e Utilidade da Prestação Jurisdicional	155
1.1.3 Urgência: Tempo <i>versus</i> Efetividade	155
1.2 Tutela Jurisdicional de Urgência.....	157
1.2.1 Justificativa	157
1.3 Urgência: Acepções Leiga e Jurídica.....	158
1.4 Acesso à Justiça e Tutela de Urgência	159
1.5 Tutelas de Urgência e Função Social	161
1.6 Perfil Dogmático da Tutela de Urgência	163
1.6.1 Noção Evolutiva.....	163
1.6.2 Espécies de Tutela de Urgência	167
1.6.3 Tipologia das Urgências (Cautelar e Satisfativa): Aspectos Estruturais e Funcionais Comuns e Distintos	167
1.6.4 Efetivação da Tutela de Urgência	170
1.7 Um outro Referencial para Classificação das Medidas de Urgência.....	171
CAPÍTULO 2 LIMINARES	174
2.1 Histórico da Antecipação Liminar	174
2.2 Conceito.....	175
2.2.1 Objeto	176
2.2.2 Semelhanças e Diferenças entre Liminar e Medida Cautelar	177
2.3 Antecipatoriedade, Cautelaridade e Satisfatoriedade	178
2.4 Natureza Jurídica.....	181
2.5 Limites da Discricionariedade do Magistrado na Decisão.....	185
2.6 Natureza do Ato Judicial acerca da Liminar	187
2.7 Recursos Cabíveis.....	188
2.8 Características das Liminares	190
2.8.1 Urgência.....	190

2.8.2 <i>Sumario Cognito</i>	191
2.8.3 Provisoriade.....	192
2.8.4 Revogabilidade.....	192
2.9 Requisitos Específicos para Concessão de Liminares	194
2.10 Restrições Legais (Impeditivas à Concessão)	194
2.11 Liminares <i>Inaudita Altera Parts</i> – Afronta ao Princípio do Contraditório?	196
2.12 A Liminar e a Questão do Prejulgamento	197
2.13 Fundamentação da Decisão Liminar	198
2.14 Questão de Descumprimento da Ordem Liminar	199
2.15 Duração da Liminar	200
2.16 Liminares de Natureza Antecipatória	201
2.16.1 Ações Possessórias	201
2.16.2 Antecipações Regidas por Leis Extravagantes	202
CAPÍTULO 3 TUTELA CAUTELAR.....	204
3.1 Considerações Iniciais, Etimologia e Conceito	204
3.2 Evolução Histórica	205
3.3 Natureza Jurídica.....	207
3.3.1 A Tutela Cautelar no Atual Contexto das Tutelas Diferenciadas	207
3.4 Elementos do Mérito da Ação Cautelar	208
3.4.1 O <i>Fumus Boni Iuris</i>	208
3.4.2 O <i>Periculum In Mora</i>	209
3.5 Cognição Sumária	210
3.5.1 Cognição	210
3.5.2 Sumária	211
3.6 Características.....	212
3.6.1 Autonomia, Independência e Instrumentalidade.....	212
3.6.2 Urgência.....	213
3.6.3 Temporariedade	213
3.6.4 Revogabilidade.....	214
3.6.5 Existência de Coisa Julgada Material?	214
3.6.6 Fungibilidade	215
3.6.7 Direito Substancial de Cautela.....	216

3.7 Poder Geral de Cautela	217
3.8 Classificação	218
3.9 Contracautela: Justificação e/ou Caução	219
3.10 Possibilidade de Concessão <i>ex officio</i>	221
3.11 Aspectos Procedimentais	222
3.12 Extinção	225
3.13 Recursos	226
3.14 Liminar em Processo Cautelar	226
3.14.1 Conceito	226
3.14.2 Natureza Jurídica.....	227
3.14.3 Objetivo e Eficácia da Liminar Cautelar	228
3.14.4 Pressupostos para Concessão	229
3.14.5 Previsão Legal sobre Cabimento da Liminar	230
3.14.6 Características	232
3.14.6.1 <i>Urgência</i>	232
3.14.6.2 <i>Summaria Cognitione</i>	233
3.14.6.3 <i>Provisoriedade</i>	233
3.14.6.4 <i>Revogabilidade</i>	234
3.14.7 Aspectos Práticos da Liminar	234
3.14.7.1 <i>O Problema da Sustação do Processo Cautelar após Decisão Acerca da Liminar</i>	234
3.14.7.2 <i>Liminar ex officio</i>	235
3.14.7.3 <i>Liminar Concedida Por Juízo Incompetente</i>	236
3.14.7.4 <i>Liminar e Caução: Possibilidade de Substituição de Liminar Cautelar por Caução</i> ..	237
3.14.7.5 <i>Revogação e Modificação da Liminar Cautelar</i>	239
3.14.7.6 <i>Fundamentação Legal da Decisão sobre Liminar</i>	240
3.14.7.7 <i>Responsabilidade Objetiva do Autor da Ação</i>	241
CAPÍTULO 4 TUTELA ANTECIPATÓRIA	243
4.1 Histórico	243
4.1.1 No Brasil.....	244
4.2 Tutela Definitiva e Tutela Provisória	246
4.3 Conceito	247
4.4 Natureza Jurídica	247

4.4.1 Espécie do Gênero de Tutela Diferenciada	248
4.5 Tipos	249
4.5.1 Tutela Inibitória	250
4.5.2 As Antecipações Tipificadas em Lei.....	251
4.6 Características.....	251
4.6.1 Tutela de Cognição Sumária.....	252
4.6.2 Satisfatividade.....	252
4.6.3 Provisoriamente.....	252
4.7 Requisitos	253
4.7.1 Genéricos	253
4.7.1.1 <i>Requerimento da Parte</i>	253
4.7.1.2 <i>Prova inequívoca e a Verossimilhança da Alegação</i>	253
4.7.1.3 <i>Da reversibilidade</i>	255
4.7.2 Específicos	256
4.8 Alcance da Antecipação	258
4.9 Aspectos Procedimentais.....	258
4.9.1 Legitimidade	258
4.9.2 Concessão <i>ex officio</i>	259
4.9.3 Hipóteses de Cabimento	260
4.9.3.1 <i>Ações Condenatórias</i>	260
4.9.3.2 <i>Ações Declaratórias</i>	261
4.9.3.3 <i>Ações Constitutivas</i>	262
4.9.4 Requerimento e Deferimento.....	263
4.9.5 Decisão da Tutela Antecipatória	264
4.9.6 Modo de Execução	264
4.9.7 Revogabilidade.....	265
4.9.8 Recursos.....	266
4.10 Tutela Antecipada e Julgamento Antecipado da Lide	267
4.11 Colisão entre os Princípios Constitucionais de Efetividade do Processo e Segurança Jurídica.....	267
4.12 Liminar em Tutela Antecipatória.....	268
4.12.1 Pela Impossibilidade de Medida Liminar em Tutela Antecipatória.....	268
4.12.2 Antecipatória em Sede Liminar	269
4.12.2.1 <i>Liminar em Face ao fumus boni iuris e periculum in mora (273, I e inibitória)</i>	270

4.12.2.2 A Concessão da Liminar de Antecipação de Tutela antes da Oitiva do Réu	271
4.12.2.3 Liminar em Face ao Artigo 273, II (Abuso Direito de Defesa)	273
4.12.2.4 A Antecipação Liminar de Tutela Específica.....	274
4.12.3 A Irreversibilidade do Provimento trazido por Ordem Liminar de Tutela Antecipatória	275
4.12.4 A Decisão sobre a Concessão da Tutela Antecipatória e o Princípio da Proporcionalidade como Forma de Harmonizar os Valores dos Bens Jurídicos Envolvidos.....	276
4.13 Especificidades	277
4.13.1 O Princípio da Inafastabilidade Como Garantia do Direito à Tutela Urgente	277
4.13.2 Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência.....	278
4.13.3 Aspectos Diferenciais entre Tutela Cautelar e Antecipatória.....	281
4.13.3.1 Cautelar Satisfativa e Tutela Antecipada	282

**PARTE 3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DO MAGISTRADO POR
DENEGAÇÃO OU CONCESSÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA..... 284**

3.1 A Jurisdição Enquanto Dever do Estado	284
3.1.1 O Direito a Jurisdição.....	284
3.1.2 A Discricionariedade do Juiz na Concessão de Tutelas de Urgência	285
3.2 Das Responsabilidades Frente Concessão ou Denegação de Tutelas de Urgência.....	286
3.2.1 Responsabilidade Objetiva do Estado-Juiz e Subjetiva do Magistrado	286
3.2.1.1 A Responsabilidade Subjetiva do Magistrado	288
3.2.1.2 Responsabilidade por Erro Judiciário na Concessão ou Denegação de Tutela de Urgência	292
3.2.1.3 Funcionamento Anormal da Atividade Jurisdicional – Retardamento da Prestação da Tutela de Urgência.....	293
3.2.1.3.1 Anormal Funcionamento Singular	293
3.2.1.3.2 Anormal Funcionamento Estrutural	294
3.2.1.4 Inobservância (ou Má Observação) dos Elementos de Mérito e Demais Requisitos Necessários para Concessão e ou Denegação da Tutela de Urgência ...	295
3.2.1.5 Ausência de Fundamentação da Decisão sobre Tutela de Urgência	296

3.2.2	Pacificação Legal para o Tema de Responsabilização Subjetiva do Magistrado	297
3.3	Remédios Judiciais Frente à Concessão e Denegação de Tutelas de Urgência	299
3.3.1	Em Face a Decisões Interlocutórias (Liminares e Antecipatórias de Tutela)	299
3.3.1.1	<i>Recursos Próprios</i>	299
3.3.1.2	<i>Cabimento de Recurso de Sgravo de Instrumento com Efeito Suspensivo para os Casos de Concessão da Liminar e Tutela Antecipatória</i>	300
3.3.1.3	<i>Cabimento de Recurso de Agravo de Instrumento com Efeito “ativo” ou de Mandado de Segurança para os Casos de Denegação de Liminares ou Tutelas Antecipadas Interpostas Perante o Júízo de Primeiro Grau</i>	301
3.3.2	Em Face a Sentenças (Ações Cautelares)	302
3.3.2.1	<i>Apelação</i>	302
3.3.2.2	<i>Recurso Extraordinário e Recurso Especial</i>	303
3.3.2.3	<i>Ação Rescisória</i>	303
	 CONCLUSÃO	 305
	 REFERÊNCIAS	 308
	 ANEXO	
	ANEXO A - VOTO PARA ARQUIVAMENTO DO PROJETO DE LEI 5056/2005.....	326

INTRODUÇÃO

Definir o que é direito é missão que tem causado sérias controvérsias no meio científico. O espírito prático do jurista romano, todavia, logrou resumir todo o complexo do direito em três preceitos fundamentais de grande singeleza e de fácil percepção: o direito se resume na exigência de viver honestamente, não lesar a ninguém e dar a cada um o que é seu.

Quem pauta sua conduta em sociedade pela observância de tais preceitos comporta-se licitamente e pode contar com a tutela da ordem jurídica. Parece lógico que o Estado como detentor da jurisdição, tenha como máxima incumbência a de garantir a tutela jurídica, assegurando o socorro àqueles que vêm seu direito ameaçado ou lesado, instituindo o processo para assegurar o socorro por meio da ação. Tendo como maior objetivo a paz social por intermédio do imperito da lei, não se pode contentar com a simples outorga à parte do direito de ação. Urge assegurar-lhe também, e principalmente, o atingimento do fim precípua do processo, que é a solução “justa da lide”.

Não é suficiente ao ideal da justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos, o que é imprescindível é que esta solução seja efetivamente “justa”, isto é apta, útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito, segundo a ordem jurídica vigente.

Porém, a prestação jurisdicional, com efetiva definição da lide, não pode ser prestada instantaneamente, sendo necessária, para cabal composição, à seqüência de vários atos essenciais que sejam a plena defesa dos interesses antagônicos das partes, para culminar em uma sentença que busca a justiça, sendo que esta medeia necessariamente certo espaço de tempo. Não obstante esta necessária “demora do processo”, é intuitivo que o ideal é que a “lide” seja composta no mesmo estado em que se achava ao ser posta em juízo, daí a atribuição da função declarativa das sentenças e o efeito retroativo a data da propositura da ação. Porém para efetivamente garantir tal retroatividade, bem como para assegurar o eficaz desenvolvimento do processo (de cognição e de execução), institutos foram legislados – fora à gênese do Processo Cautelar, que visa não adiantar o resultado material da ação principal, mas sim assegurar e garantir o eficaz desenvolvimento e resultado do escopo geral da jurisdição; daí grandes doutores atribuírem a este processo um caráter auxiliar, subsidiário, autônomo e temporário; enquanto outros entendem como independente e provisório. O certo, contudo, são os seus objetivos: a preservação do próprio direito; em defesa e garantia de uma efetiva jurisdição. E para além do processo cautelar, em reforma ao diploma processual civil, houve a

incorporação do instituto da Tutela Antecipada, visando repartir o ônus temporal entre os sujeitos do processo, retro-projetando os efeitos do resultado, a momento processual antecedente. Nota-se claramente, a orientação de nosso ordenamento à ênfase a efetividade jurídica, até mesmo de maneira à relativizar o princípio da segurança jurídica.

Sendo as Tutelas de Urgência instrumentos à efetividade jurisdicional, servindo como meio à efetivação do justo, mais do que em qualquer outro tem valia o brocardo "*ex facto oritur ius*", pois o enquanto instrumentos, apresentam grande maleabilidade ao contexto em que opera. Assim sendo, tendo seus requisitos preenchidos (um dano potencial – *periculum in mora* -; e a plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança – *fumus boni iuris*), mais que um direito do requerente, deve ser encarado como uma obrigação do Estado de invocar e conceder, sendo que o juiz deve tomar todas as medidas plausíveis e possíveis a fim de garantir a segurança processual, valendo-se, inclusive, da concessão de liminares que atendam de forma preventiva a garantia da lide.

Aqui não se faz necessária uma plena convicção por parte do detentor da Jurisdição, basta que haja plausibilidade e razão emergencial de perigo. A concessão das Tutelas de Urgência, caso haja dúvida quanto à legitimidade do direito invocado, deve ser assegurada de forma diversa do indeferimento, como rege Ovídio A. Baptista da Silva, como, por exemplo, prestação de contra cautela por parte do requerente; tendo em vista que o maior inimigo de tais institutos, para muito além do tempo, é certamente não verem efetivados e garantidos os bens jurídicos que visam proteger.

A problemática insurge quando há indeferimento da seguridade por parte dos órgãos jurisdicionais, levando à irreparável lesão do direito. Sendo tal ênfase o objeto do estudo da presente dissertação, verificando quais as responsabilidades (objetiva e subjetiva) do Estado e de seus agentes, balizados na inteligência dos artigos 37 §6º da Constituição Federal, bem como artigo 133 do Código Processo Civil (CPC), artigo 49 da Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN) e artigo 43 do Código Civil (CC) Brasileiro, frente ao prejuízo causado pela negativa da tida, posteriormente, como justa e necessária cautela.

Enfoque atual, que ganha relevância, amparado à luz do novo instituto preceituado pelo artigo 273 CPC, que regulou no ano de 1994, inserindo de forma legal, o instituto das tutelas antecipatórias, mais uma instrumento de assegurar da preservação do direito, mais um elemento do gênero das tutelas diferenciadas, utilizado nas fórmulas de conhecimento, para resguardar o direito, e mais, distribuir o ônus do tempo do processo, de maneira (senão igual) mais equitativa entre as partes.

A partir de tais considerações, o presente estudo visa apurar a responsabilidade do Estado enquanto ente de Jurisdição e a responsabilidade pessoal do Magistrado, que frente a uma situação de efetiva configuração de Urgência Processual, acaba por decidir de maneira errônea, causando efetivo dano àquele que vê no poder judiciário o aparato para efetivação de justiça.

Procurou-se organizar a dissertação de maneira didática e sistemática. Assim, a Primeira Parte: A Responsabilidade, dividido em três Capítulos, apresenta os pontos necessários à compreensão do instituto da Responsabilidade Civil; ficando o primeiro Capítulo reservado ao Estado, no qual são discutidos: a Jurisdição enquanto dever do Estado, a evolução histórica da responsabilidade extracontratual (partindo das teorias da irresponsabilidade até atingir as Teorias Publicistas); e a responsabilidade civil – do Estado - prevista no ordenamento brasileiro. O segundo Capítulo: O Magistrado, visa trazer apontamentos acerca dos membros da magistratura, dentre as quais sua discutida classificação enquanto servidores públicos ou agentes políticos; as garantias, prerrogativas, deveres e ética do juiz; e as responsabilidades atinentes ao cargo, do ponto de vista político, social, e jurídica (penal, disciplinar e civil). E por fim, o terceiro Capítulo: A Responsabilidade do Estado-Juiz, traça um panorama desde os primeiros movimentos, que fundamentam a irresponsabilidade do Estado-Jurisdição até as teorias democráticas de distribuição do ônus, em face ao erro judiciário; procurou-se fazer o embasamento legal da responsabilidade em nosso ordenamento – na Constituição Federal (CF), Código Civil, Código de Processo Penal, Código de Processo Civil, Lei Orgânica da Magistratura Nacional; Lei de Abuso de Autoridade-, e a posição do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, foram citadas algumas legislações estrangeiras que se referem ao tema de responsabilização Estatal e pessoal do Magistrado; e lastreado nas concepções mais avançadas sobre o tema, traçou-se os requisitos para a responsabilização no exercício jurisdicional, seus elementos configuradores (objetivos e subjetivos); e as formas em que o dano pode se configurar e as respectivas maneiras de reparação.

A Segunda Parte, sobre As Tutelas de Urgência, apresenta-se dividido em quatro Capítulos. O Primeiro Capítulo traz as características gerais em torno do Gênero Tutela de Urgência, como por exemplo, a urgência enquanto necessária a efetividade do processo, sua função social e sua classificação enquanto tutela diferenciada. Os outros três Capítulos, procuram traçar características de cada uma das espécies de urgência, iniciando-se no Capítulo Segundo com as Liminares; no Terceiro, A Tutela Cautelar; e por fim, no Capítulo Quarto, A Tutela Antecipatória.

Na Terceira Parte, o enfoque se dá no exato tema que procuramos dissertar. Trata-se da configuração da responsabilidade do Estado e do Magistrado em face denegação ou concessão das tutelas de urgência. Novamente embasamos a obrigação do Estado, ao chamar para si a jurisdição, de promover uma efetiva Justiça; a não discricionariedade do magistrado na efetivação de tais medidas; as situações em que há incidência de responsabilização do Estado e do Magistrado, e os remédios judiciais frente à concessão e denegação de tais medidas.

PARTE 1 A RESPONSABILIDADE

CAPÍTULO 1 O ESTADO

1.1 O Estado Democrático de Direito

1.1.1 Estado de Direito

Estado é, pois, no sábio ensinamento de PALLIERI (apud SILVA, 2001, p. 101), uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre membros de uma dada população sobre um dado território, na qual a palavra ordenação expressa a idéia de poder soberano e institucionalizado. O Estado, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um poder soberano, de um povo situado num território com certas finalidades.

Ao ser encarado como pessoa jurídica, o Estado avança no sentido da disciplina jurídica do interesse coletivo, e, a partir deste entendimento, passam a ser estabelecidas limitações ao seu poder. Fora através de obras de renomados publicistas do século XIX que ocorrera o desenvolvimento desta idéia, transpassando a idéia de um Estado essencial e exclusivamente político, para um objeto, também, da dogmática Jurídica. Com Savigny, fundador da escola histórica, já aparece a idéia de Estado como pessoa jurídica, ainda com personalidade concebida como ficção, admitindo-se que sujeitos de direito, na realidade, são apenas indivíduos dotados de consciência e de vontade; surgindo no entanto, o reconhecimento da utilidade prática que levou à atribuição da capacidade jurídica a certos agrupamentos de interesses coletivos.

DALLARI (2000, p. 121-122), indica que embora dotadas de personalidade jurídica própria, que se confunde com a de seus componentes, as pessoas jurídicas são sujeitos artificiais, criadas pela lei. E entre as pessoas jurídicas se acha o Estado, cuja personalidade também é produto da mesma ficção.

Em sua gênese, Estado de Direito¹ era concebido como aquele submetido às leis e que possuía em sua organização política a divisão dos poderes que atuassem de forma independente e harmônica: O Legislativo, mediante o qual o poder público edita normas abstratas e gerais, inovadoras da ordem jurídica; o Executivo, mediante o qual o poder público toma a iniciativa de aplicar o Direito, e age como parte interessada; e o Judiciário, no qual o poder público aplica o Direito, quando provado, e agindo com independência e imparcialidade em face dos demais poderes, influências de classes dominantes e poderosos em particular, sem ser parte interessada.

Era necessária ainda uma garantia dos direitos individuais, encontrando o Estado de Direito no princípio da Legalidade, seu principal marco; um verdadeiro escudo contra o absolutismo e o abuso de poder dos governantes, submetendo a todos (inclusive o próprio Estado) aos ditames legais.

Encara-se, portanto, hoje o Estado de Direito como aquele que toma a justiça como um conceito absoluto, abstrato, idealista, e espiritualista. Segundo conceito da Enciclopédia Saraiva de Direito (1977, p. 486), num verdadeiro Estado de Direito, o funcionamento dos órgãos correspondentes às funções ou poderes não pode sofrer restrições. Não se pode concentrar num órgão - ou poder - governamental, funções de outro órgão ou poder, nem impedir, portanto, que se submeta ao Judiciário quaisquer questões que sua natureza abranja e que a letra da Constituição lhe deve atribuir.

1.1.2 Estado Democrático

Atualmente a expressão “Estado Democrático” é de uso comum, levando-nos a impressão de se tratar de consenso geral, configurando uma oposição clara a imagem do Estado Totalitário. Contudo, desde os remotos, a Democracia apresenta variações históricas, e chega, aos atuais dias, revestida de questionamentos quanto ao seu real conceito, discutindo-se se ela é uma forma de governo, um regime, chegando até mesmo, em termos mais amplos, a questionar se não seria uma forma de vida².

¹ No Estado de Direito o poder é único, e as funções são divididas de acordo com a produção aplicação do Direito. O Poder é único, e emana do povo.

² Para ROSSEAU (1996, p. 86): “Numa palavra, a ordem melhor e mais natural é que os mais sábios governem a multidão, quando se tem certeza de que a governarão em benefício dela, e não em proveito próprio; não é preciso multiplicar em vão os recursos, nem fazer com vinte mil homens o que cem homens escolhidos podem fazer ainda melhor. Cumpre notar porém que o interesse de corpo, nesse caso, começa a dirigir menos a força pública segundo a regra da vontade geral, e que outra propensão inevitável retira das leis parte do poder executivo.”

Para DALLARI (2000, p. 150) uma maior conscientização política da população durante os séculos XIX e XX, propiciou um crescimento notório de debates sobre o tema Democracia, sempre adicionado a tais discussões os problemas democráticos na maioria dos países, especialmente em contraposição da Democracia ao Autoritarismo que ainda impera em alguns países. Consolidou-se o Estado Democrático como ideal supremo, chegando a um ponto em que nenhum sistema e nenhum governante, mesmo quando patentemente totalitários, admitem que não sejam democráticos.

Ao seu ver, três são os pilares que norteiam o Estado Democrático, considerados pontos fundamentais em sua concepção jurídica:

A supremacia da vontade popular, que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando aceras controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no tocante à representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários³.

A preservação da liberdade, entendida, sobretudo como poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado.

A Igualdade de direito, entendida como a proibição de distinção no gozo de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais.

A preocupação dorsal fora sempre a participação do povo na organização do Estado, na formação e na atuação do governo, por se considerar implícito que o povo expressando livremente a sua vontade soberana, olvidava os objetos estruturais democráticos.

Para Ailton QUEIROZ (2001, p. 54) ao contrário do que podemos notar na autocracia, onde o direito se produz em torno dos anseios dos grupos oligárquicos, ou até mesmo de poderosos que detêm o poder de governar, na democracia, o direito é elaborado de acordo com a vontade do povo, sem discriminação de cor, raça, credo, posição social ou financeira.

Esse conceito, ainda que incompleto, vem confirmar que o Estado Democrático tem que haver um órgão apto a defender os interesses do povo, respeitando a opinião pública, e tendo esta como base na elaboração das leis, para que seu ordenamento realmente represente a vontade popular e não de grupos isolados, detentores do poder, seja ele econômico ou político.

³ ROSSEAU (1996, p. 71-72). “Vimos que o poder legislativo pertence ao povo, e só a ele pode pertencer. É fácil perceber ao contrário, que o poder executivo não pode pertencer ao conjunto dos cidadãos como legislador ou soberano, pois que esse poder consiste apenas em atos particulares que não são, em absoluto da alçada da lei, nem por conseguinte, da do soberano, cujos atos podem ser leis.”

1.1.3 Estado Democrático de Direito

É restrito o entendimento que Estado Democrático de Direito trata-se de uma simples conjugação entre Estado de Direito e Estado Democrático. Aquele é um ente muito mais complexo, e seus contornos devem ser traçados e lastreados em novos conceitos, cravados em uma Constituição, elaborada de acordo com a vontade popular, respeitando os anseios do povo, expressados através de seus representantes eleitos pelo voto direito, e portanto, devidamente legitimados.

Para Afonso SILVA (2001, p. 43), é através da Constituição que um Estado Democrático de Direito se organiza politicamente, e por meio de seus órgãos, estabelece regras de constituição dos poderes que compõem o Estado. As constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites da sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Os movimentos políticos do final do século XIX e início do século XX foram responsáveis pela transformação do velho e formal Estado de Direito em um Estado Democrático, onde além da mera submissão à lei, deveria haver a submissão à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos. Rompendo, desta forma, o conceito formal e técnico de Estado Democrático, onde se dispõe um conjunto de regras relativas à escolha dos dirigentes políticos. Este deve ser entendido como algo dinâmico em constante aperfeiçoamento. Para Afonso SILVA (2001, p. 123-124), diferente do Estado de Direito, que no dizer de Otto Mayer é o direito administrativo bem ordenado, no Estado Democrático importa saber a que normas o Direito e o próprio cidadão estão submetidos. Portanto, no entendimento de Estado Democrático, devem ser levadas em conta o perseguir certos fins, guiando-se por certos valores, o que não ocorre de forma tão explícita no Estado de Direito, que se resume em submeter-se às leis, sejam elas quais forem.

A Constituição Brasileira de 1988 confirmou, dentre as linhas de contorno de nosso Estado Democrático de Direito, a tripartição de poderes nas esferas de Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, princípio expresso em seu artigo 2º. Bem como assegurou em seu artigo 3º os princípios norteadores do Estado Democrático, ao definir os objetivos fundamentais da República, assegurando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades

sociais e regionais. Tratam-se de propostas que vinculam o Estado Brasileiro, e através de seu sistema de tripartição de poderes, vislumbra-se a concretização dos direitos fundamentais do cidadão, atingindo-se assim, um pleno exercício Democrático de Direito.

1.1.4 A Separação dos Poderes

O princípio da separação de poderes tem várias definições e a que nos parece ser a mais sólida é exatamente de Duverger, citado em Pinto FERREIRA (1999, p. 87), que acentua como o sistema que consiste em confiar cada tarefa governamental a um órgão diferente. Tais órgãos são justamente o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, funcionando em um regime de freios e contrapesos⁴, que são o suporte das liberdades.

FERREIRA FILHO (1983, p. 63) vê no limite do poder estabelecido por outro, da seguinte forma:

[...] é de per si evidente que cada Poder somente poderá ser freio e contrapeso para os demais, sem não tiver sujeito, quanto a sua existência e quanto ao exercício da função que lhe toca, a nenhum outro. Essa independência é inerte à fórmula clássica, a “separação de poderes”. Nem sempre é mantida, nos mesmos termos quase absolutos, em outras versões de divisão funcional do Poder como as que adotam estados parlamentaristas. Nestes, Legislativo e Executivo, não são independentes, já que o primeiro pode ser legitimamente dissolvido pelo segundo, enquanto este pode ser destituído por aquele, enquanto em jogo a responsabilidade política do gabinete. Não pode ser, porém, absoluta essa independência, em virtude de necessidades práticas. Assim, não fere, nem contradiz a independência, por exemplo, a convocação extraordinária do Legislativo pelo Executivo, ou o julgamento do Presidente da República, no caso de impeachment, por uma das câmaras legislativas. O que é essencial à independência é que por motivos de pura apreciação política, por mero desagrado quanto a decisões tomadas, um dos Poderes não possa extinguir o mandato de outro, ou destituir de suas funções os que não exercem legalmente. Muito menos, que um Poder possa juridicamente determinar como o outro deve decidir no exercício de suas funções.

⁴ Acerca do tema RUSSOMANO (1984, p. 120). O Sistema de freios e contra pesos foi delineado na Inglaterra, por Harrington à época de Cromell. Posteriormente, nesta esfera, surgiu Bollingbroke, que representa, na expressão de Schmitt, o autor efetivo da doutrina teórico-constitucional do equilíbrio dos Poderes. Busca o sistema em pauta, por definições, estabelecer freios e controles recíprocos entre os órgãos estatais, de sorte que estes, embora divididos se venham a entrosar em harmonia. Suas faculdades, por vezes contrapostas, poderiam romper esta harmonia que, entretanto, persistiria, desde que funcionasse o mecanismo dos “checks and controls”. Através do mesmo, havendo o fortalecimento de um Poder – simbolizando a sobrecarga de um dos pratos da balança – colocar-se-ia, sobre o outro, reduzindo-se o fiel ao ponto exato, o peso equivalente. Mediante este procedimento solucionar-se-ia, como se soluciona, problema da superposição de um órgão estatal ante outro.

A teoria da separação de poderes⁵, através da obra de Montesquieu se incorporou ao constitucionalismo, foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos. Conforme citado na obra de DALLARI (2000, p. 215), diz o próprio Montesquieu que, quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, pois que se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Foi assim que no final do século XIX, a concepção de separação dos poderes tornou-se eficaz e necessária para evitar a formação de governos absolutos.

E com essa concepção, o constitucionalismo moderno aderiu à idéia maior de que o cidadão investido da função de qualquer um dos poderes, não poderia exercer qualquer outra, excetuado apenas os casos previstos no diploma Magno.⁶

Segundo Pinto FERREIRA (1999), o regime Federativo Brasileiro, consignado na Constituição de 1988, estabeleceu o sistema de separação de Poderes segundo as linhas clássicas da doutrina política e a inspiração do modelo norte-americano. Os Poderes são harmônicos e independentes e se concretizam em um esquema de equilíbrio mútuo: O Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

O Poder Executivo federal é exercido pelo Presidente da República, substituído em suas vagas e impedimentos pelo vice-presidente. Aos eleitos diretamente pelo voto secreto do povo, com prazo de quatro anos de mandato, sendo permitida a reeleição para o período seguinte, só podendo ser candidatos os brasileiros natos, maiores de trinta e cinco anos e no gozo de seus direitos políticos. O Presidente da República está sujeito ao processo de impeachment (de impedimento), nos chamados crimes de responsabilidade, sendo acusado então pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados, mas julgado só por sentença condenatória pelo voto de dois terços dos

⁵ Segundo SILVA FILHO (1991, p. 71), modernamente, muitos autores destacam e questionam a “separação de poderes”, chamando-a de teoria antiga. Mas é indubitável que a separação dos poderes, como princípio político, fundamentou todo o constitucionalismo moderno. A união do princípio da separação dos poderes, com a idéia de garantir a liberdade individual, é obra de Montesquieu que, por sua vez, valeu-se das idéias de Locke. A finalidade última vislumbrada por Montesquieu era de que *lê pouvoir arrête lê pouvoir*, isto é, os destinatários do poder estariam protegidos do abuso do poder, porque os detentores do poder são independentes entre si, mas se controlam respectivamente. Há teóricos que afirmam que na Política, de Aristóteles, encontra-se o núcleo da moderna separação dos poderes. De qualquer forma, a separação de poderes, na modernidade, tem sido insuficiente para a resolução de todos os problemas do Estado, mas ainda serve como técnica. Não propriamente de separação de poderes, mas de separação de funções, segundo seus diversos elementos substanciais. Registra-se, também, que não há critério uniforme para se distinguir as atividades exercidas pelo Estado, já que não são estanques, mas predominantes.

⁶ Segundo TEMER (1996, p. 109), “O mérito da doutrina, especialmente de Montesquieu, no seu O Espírito das Leis, não foi o de propor certas atividades para o Estado, pois estas já eram identificáveis. O valor de sua doutrina está na proposta de um sistema em que cada órgão desempenhasse funções distintas e, ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do poder. É o sistema de independência entre órgãos do poder e de inter-relacionamento de suas atividades. É a fórmula dos freios e contrapesos a que alude a doutrina norte-americana. Subjaz nessa doutrina a idéia de proteção e resguardo dos direitos a liberdades do indivíduo.”

membros do Senado. O presidente é assessorado pelos ministros de Estado, que são nomeados pelo próprio presidente e por ele demitidos, sem nenhuma interferência do Poder Legislativo. Na prática da vida brasileira, há uma evidente superioridade do Poder Executivo Federal sobre os demais.

Já o Poder Legislativo, segundo Ailton QUEIROZ (2001, p. 25), é exercido pelo Congresso Nacional que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. São condições de elegibilidade para o Congresso Nacional ser brasileiro, estar no exercício dos direitos políticos, ser maior de vinte e um anos para a Câmara dos Deputados e de trinta e cinco anos para o Senado Federal. O Congresso Nacional se reúne anualmente, de 15 de fevereiro a 30 de junho e de 1 de agosto a 15 de dezembro de cada ano, durando cada legislatura quatro anos. Os deputados são eleitos por quatro anos e os senadores por oito, mas estes são substituídos por um terço ou por dois terços em cada legislatura. Os congressistas gozam de imunidades parlamentares do início ao final da legislatura, recebendo subsídios e ajuda de custo pelos trabalhos parlamentares. Tanto a Câmara dos Deputados como o Senado têm atribuições legislativas determinadas e quase sempre em comum. O Senado tem atribuições legislativas determinadas e quase sempre em comum. O Senado tem competência privativa para aprovar, mediante voto secreto, a escolha de magistrados, ministros do Tribunal de Contas da União, chefes de missão diplomática de caráter permanente e outras figuras gradas. Ao Congresso Nacional compete a elaboração das leis, sujeitas, entretanto, à sanção ou veto do presidente. Em caso de veto, o Congresso reúne em sessão comum, podendo rejeitar o veto pela maioria absoluta dos deputados e senadores.

1.1.4.1 O Poder Judiciário

Assim como os demais poderes, o Judiciário tem suas funções especificadas e delineadas conforme o princípio da separação de poderes expresso no artigo 2º da Constituição Federal. Podemos sintetizar seu objeto no de aplicar a lei ao caso concreto, solucionando os conflitos de interesses da coletividade. O poder de julgar, expresso no artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna, é exclusivo seu.

Porém, se por um lado há garantia absoluta de independência, temos que considerar que isto refere-se, a priori, ao desempenho de suas funções jurisdicionais; visto que, em relação a sua constituição freqüente é a dependência em relação a outros poderes, citando por exemplo, a investidura de magistrados que compõem o Supremo Tribunal Federal ser por nomeação do chefe do Executivo com aprovação do Senado Federal.

E conforme lição de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (1991, p. 140), existem restrições à unidade funcional do Judiciário; de um lado, nem toda a atividade jurisdicional está confiada ao Poder Judiciário; de outro lado, nem toda atividade desenvolvida pelo Judiciário se qualifica como jurisdicional⁷.

Por isso, não se pode entender esta separação de poder como uma forma hirta, uma vez que todos exercem tarefas diferentes daquelas preconizadas pelo texto Constitucional, se visto de forma mais rígida. Mas estas tarefas atípicas exercidas pelos poderes não podem ser vistas como dano à independência de cada um, pois estas funções, tidas como anormais, são desempenhadas também por força de dispositivos constitucionais e têm a função de buscar o equilíbrio, onde cada poder controla o outro, buscando assim, uma melhor organização como forma de um impedir que o outro ultrapasse seus limites, comprometendo a ordem social e administrativa.

Porém, para fins de estudo do presente trabalho, nos centraremos na atividade jurisdicional guisa do Poder Judiciário, haja vista que é garantido a todos cidadãos, de que seus interesses, quando em conflito, serão julgados por Poder independente, sem qualquer vínculo com outro que possa intervir no resultado do julgamento, ou seja, o Juiz julga de acordo com sua convicção, sem sofrer pressão seja ela de que natureza for; devendo obediência somente à lei.

1.2 A Função Jurisdicional do Estado

1.2.1 Abordagem Histórica

Para LATORRE (1997, p. 40), o homem, desde seus antecedentes primitivos, sempre foi um ser inclinado à socialização, um fenômeno que, conseqüentemente, gera conflitos entre ele e seus semelhantes, na eterna disputa pelo poder. Houve uma época, porém, apontada como a “idade de ouro”, em que a humanidade, entendia ser a coação uma arma

⁷ A tripartição dos “Poderes do Estado” não obedece, no direito positivo, à rigidez com a qual fora idealizada. O Executivo freqüentemente legisla (CF artigos 68 e 84, inciso VI); o Legislativo é chamado a julgar (CF artigos 51, inc I; 52, incisos I e II; 54; 55, §2º) e o Judiciário tem outras funções além da jurisdicional (como exemplo, função administrativa exercida pelos Tribunais, em relação a auto-gerenciamento). Tal tendência faz-se presente em todas as organizações estatais modernas.

totalmente desnecessária já que o homem, por natureza, era bom e ainda não estava corrompido pela civilização, vivendo em paz e em fraternidade com o seu próximo.

Difícil é imaginar que o homem tenha um dia vivido neste estágio de paz absoluta, haja vista que a própria convivência em sociedade gera conflitos e desarranjos. É claro que a vida em comum junto aos primitivos grupos sociais, considerados tribos, clãs, famílias, gerava conflitos – ainda que efêmeros, havendo pois a necessidade de solucioná-los.

As soluções, nestes casos, vinham através de critérios injustos e irracionais – a autotutela, a vingança privada, a autocomposição e o conflito beligerante - eram as vias usualmente eleitas, desde os tempos mais remotos, para solucionar as controvérsias havidas entre os homens, entre os clãs, entre as tribos, entre as cidades.

O Estado era incapaz de superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito do coletivo sobre a vontade particular. Não existia um órgão estatal com soberania e autoridade para garantir o cumprimento do direito. Sequer existiam leis. Logo, quem pretendesse alguma coisa e outrem o impedisse de obter, deveria, com a sua própria força e na medida desta, conseguir a satisfação de sua pretensão (eis a máxima da “lei do mais forte”).

Paulatinamente, à medida que os pequenos organismos sociais iam crescendo e se estruturando, os homens percebiam a necessidade de constituírem uma função julgadora para solucionar esses conflitos de interesses; tratava-se de condição essencial para a garantia da estabilidade e harmonia da coletividade. Nesse contexto, destaque aos Estados Teocráticos (dominados pela religião), o consenso geral outorgou poder decisório aos sacerdotes, conselheiros e anciãos. Dentre os textos legislativos das principais civilizações que ousaram instituir uma chamada “função jurisdicional” na Antiguidade destacam-se a Lei das Doze Tabulas, o Código de Drácon, a Constituição de Sólon, o Tratado das Leis de Cícero, e o Código de Manu.

De acordo com IHERING (1999, p. 30), no decorrer dos séculos, com o surgimento de diversas formas estatais, a função jurisdicional repressiva sofre uma manipulação, sendo que cada Estado punia mais severamente os delitos que ameaçavam sua existência: a teocracia considerava sacrilégio um crime capital; enquanto o delito de mosaico era o mais grave no Estado agrícola. Já nos Estados comerciantes a falsificação de moedas e falsificação em geral eram os mais reprimidos; diferente dos Estados militares que abominavam a insubordinação e as faltas disciplinares.

A priori, os julgadores não eram magistrados (em seu sentido jurídico), mas sim um *magister* (um *borgomestre* – um líder eclesiástico do clã). A figura do magistrado propriamente dita só veio a aparecer no Estado monarquista, como forma de diminuir o

despotismo da realeza. Na magistratura romana, o juiz era eleito por turnos de um ano com divisão dos juízes em três classes: *prítane*, *arconte* ou *cônsul*. O magistrado tinha também um caráter sacerdotal, pois era revelado pela vontade divina (através de um sorteio com os pré-candidatos, ao qual só os senadores concorriam). Posteriormente, veio a figura do pretor (*judez ordinarius*), considerado magistrado, mas não juiz, pois apenas interpretava a lei. Os recuperadores eram que decidiam as controvérsias entre os cidadãos. De acordo com COULANGES (2001, p. 154-155), na cidade de Atenas, o magistrado era escolhido por eleição ou por sorteio, e qualquer cidadão poderia ser escolhido, eliminando a hipótese de exigência de conhecimentos especializados para ter acesso a magistratura.

Desde os primórdios, a função jurisdicional foi prerrogativa da classe que detinha o poder. Ao mesmo tempo em que o direito era um instrumento que regulava as relações em sociedade, atuava também como instrumento de dominação de classe (nobres, senhores, realeza, burguesia sobre plebe, servos, escravos e proletariado).

Não diferente, durante o feudalismo, o poder era compartilhado pelos senhores feudais, ao lado da Igreja Católica e realeza. Desta feita, no século IX, os tribunais eclesiásticos, corporativos, independentes constituíam verdadeiros foros privilegiados à realeza.

Com a égide dos Estados Modernos, os governantes passam a reforçar a submissão dos judicantes ao rei e às leis. O magistrado nada mais era que um delegado do rei. Para BARBI (1998, p. 25), no colonialismo, sob o domínio da monarquia lusitana, o Brasil foi primeiramente extensão da jurisdição portuguesa, à época perpetrada por um Executivo totalitário e centralizador que, além de não solucionar a contento os conflitos de interesses, ainda oprimia os cidadãos em seus direitos mínimos.

A Revolução Francesa, por sua vez, sistematizou a divisão dos Poderes em Judiciário, Legislativo e Executivo, detectando-se ontologicamente as três funções do Estado, e entregando-se o seu desempenho a organismos diversos do poder político.

Conseguiu-se, razoavelmente, segundo JARDIM (1994, p. 3), o desejado governo das leis e não dos homens, ainda que a separação nunca tenha sido absolutamente rígida, sendo mais uma questão de predominância do que de exclusividade, mormente nos Estados contemporâneos.

Com a era do constitucionalismo, marca dos Estados Democráticos de Direito (trazido pelos suspiros humanistas e garantidores da geopolítica iluminista), a função jurisdicional foi definitivamente depositada no Poder Judiciário, sendo o duplo grau de

jurisdição, a autonomia, a independência, e a imparcialidade dos juízes, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, consectários desse modelo de estrutura administrativa.

1.3 Aspectos Relevantes da Jurisdição

1.3.1 Interesse Público

Segundo Celso Antonio MELLO (2001, p. 57), interesse público constitui interesse do todo, isto é, do próprio conjunto social, não se confundido, por isso, com a somatória dos interesses individuais, mas contrapondo-se a idéia de interesse privado, ou interesse pessoal de cada um. E completa DI PIETRO (1999, p. 62), que a importância do interesse público e sua supremacia sobre o privado, superando um individualismo inicial, foram fundamentais para o desenvolvimento do direito público e vinculam a administração em todas as suas decisões.

O interesse público direto, de que se reveste a função jurisdicional, é a distribuição da justiça, a pacificação social, evitando que os conflitos de interesse sejam solucionados pessoalmente pelas partes, por subterfúgios danosos como a autotutela, a autocomposição, a vingança privada... Enfim, que não sobrevenha o caos social entre os administrados. Por sua vez, indiretamente, tem o interesse público a manutenção do Estado social e democrático de direito, através da aplicação, e conseqüente observância dos dispositivos legais que compõem o ordenamento jurídico pátrio ante à relações de direito suscitadas em juízo pelos litigantes. É interesse público que a prestação jurisdicional dê-se de forma eficiente, possibilitando aos cidadãos o amplo acesso à justiça.

De acordo com MARCATO (1991, p. 5), a jurisdição caracteriza-se, basicamente por sua função estatal, exercida através do processo instaurado por iniciativa da parte interessada na solução de um determinado litígio; tem natureza substitutiva, gerando atos que se tornam imutáveis em sua eficácia, e realizando assim, em concreto, a vontade da lei.

1.3.2 Serviço Público Monopolizado

O Estado é o único provedor da justiça, fato que configura uma garantia constitucional concedida aos jurisdicionados, que não poderão ser tolhidos em seus direitos por decisões de terceiros particulares. O Estado vedou a autotutela, tipificando-a no artigo 345 do Código Penal, ainda que a mesma possa ser exercida em casos limitados e expressamente elencados como auto-executoriedade dos atos administrativos⁸; direito de retenção; penhor legal; direito de cortar raízes e ramos limítrofes; e legítima defesa.

Assim, esta função é, definitivamente, um monopólio do Estado, exercido através do poder judiciário, do qual não será excluída nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direitos (inteligência do inciso XXXV, artigo 5º de nossa Constituição).

Sem prejuízo desta constatação, NERY JUNIOR (1997, p. 78), ressalta que subsistem imperiosas exceções, por força do criterioso poder constituinte originário, já que, além do Poder Judiciário, outros órgãos do Estado podem exercer o poder jurisdicional, como por exemplo, quando o Senado Federal julga o presidente da república por crime de responsabilidade (artigo 52, I CF). Também o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, atribuído ao Tribunal do Júri, é outro exemplo de que a jurisdição é exercida por juízes privados e efêmeros, não estatais. E continua, “[...] nesse sentido, resta claro, numa primeira leitura, que a atividade jurisdicional é típica, mas não exclusiva do Poder Judiciário e que ao Legislativo e ao Executivo também compete a distribuição de justiça, através de suas funções respectivas, elaborando leis justas e constitucionais.” (NERY JUNIOR, 1997, p. 70).

NANNI (1999, p. 67), a despeito, contudo, deste entendimento, crê que o Judiciário é o verdadeiro, único e legítimo provedor de justiça, pois só assim aqueles que reclamam a tutela jurisdicional têm a garantia de que seus pleitos serão apreciados e resolvidos por um único órgão, imparcial e justo, com competência exclusiva para tanto.

Lúcia Helena PASSOS (2001, p. 75) assevera que esse monopólio, muitas vezes, acaba comprometendo a qualidade da prestação jurisdicional, face ao volume de litígios deflagrados em juízo e ao sempre escasso número de magistrados, tamanha é a sede de justiça da sociedade capitalista, gerando morosidade e insatisfação, podendo-se mesmo afirmar que existir um querer natural de que nem todos os conflitos sejam jurisdicionalizados.

⁸ Súmulas n. 346 e 473 do STF.

Certo é, pois, conforme ensinamento de THEODORO JÚNIOR (1977, v. 2, p. 32), que o jurisdicionado, frente ao Estado-Juiz, dispõe de um poder jurídico que consiste na faculdade de obter a tutela para os próprios direitos ou interesses: o direito de ação, de natureza pública, por referir-se a uma atividade pública e oficial do Estado.

1.3.3 Conceito e Finalidade

A função jurisdicional, nada mais é que a atividade que o organismo estatal exerce, através de um poder constituído (Judiciário), visando a solucionar os conflitos de interesses deduzidos em juízo, ministrando os dispositivos do ordenamento jurídico aos casos em concreto, bem como zelando pela observância dos cânones constitucionais que mantêm o Estado social e democrático de direito.

O exercício da função jurisdicional pelo Estado-Juiz visa a evitar que os conflitos advindos das relações sociais sejam regulados pela autotutela e seus efeitos nocivos, impedindo que a sociedade regrida ao período da vingança privada, em que o próprio administrado era o responsável por fazer a sua justiça.

Para o mestre CHIOVENDA (1998, v. 1, p. 57), quanto mais se reforça a organização política, torna-se mais restrito o campo da autodefesa, não em virtude de um contrato entre os poderes públicos e os indivíduos, mas pela natural expansão da finalidade do Estado, de modo que, enquanto de um lado, regulam-se as relações entre os indivíduos, por meio das normas legais mais numerosas e precisas, de outro, busca-se com o processo assegurar a observância das mesmas.

Assim, segundo CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (1991, p. 24), não se pode negar o caráter pacificador da função jurisdicional, sendo esta sua característica marcante e que a distingue das funções legislativas e administrativas. Embora, importante frisar, segundo ensinamentos de KELSEN (1998, p. 41), que a paz do direito é relativa, já que o mesmo não exclui o uso da força, não sendo isento de coação, possibilitando, em determinadas situações a coação física exercida por um indivíduo contra o outro.

Para o professor HENTZ (1995, p. 19), é através da função jurisdicional que o Estado demonstra sua soberania, consagrando o poder-dever de aplicar o direito, dando a cada um o que é devido, visando a atingir um ideal de justiça, de forma imparcial, oficial e monopolizada. A função jurisdicional é uma incumbência exercida pelos juízes,

desembargadores e ministros, através de um ato jurisdicional (decisão interlocutória, sentença, acórdão...)⁹.

Ao exercer a função jurisdicional, o julgador oficial substitui as partes envolvidas, resolvendo o conflito, através da aplicação do direito objetivo ao caso concreto e a decisão, enquanto ato jurisdicional, tem como característica a imperatividade (fazer lei entre os litigantes). Aplicando o direito a cada caso, o Estado dá a última palavra como forma de solução dos conflitos de interesses formalizados, valendo-se do instituto da coisa julgada para distribuir a paz social, assegurar o bem da vida através do direito, e garantir um mínimo de segurança jurídica.

1.4 Aspectos da Responsabilidade Civil

1.4.1 Conceito de Responsabilidade e Responsabilidade Civil

Segundo WALD (1994, p. 465), a doutrina alemã elaborou uma distinção tradicional entre os termos “obrigação” (*schuld*) e “responsabilidade” (*haftun*), ao considerar que a violação da obrigação enseja a responsabilidade e, com isso, o dever de reparar o dano para restabelecer a situação que existiria se o ato ilegítimo não tivesse sido praticado, restabelecendo-se, assim, a situação jurídica anterior ou uma situação compensatória a mesma.

Para ARRUDA (1997, p. 165), o conceito de responsabilidade é muito confundido com outras figuras jurídicas, particularmente com o dever jurídico ou obrigação. O próprio Kelsen nos chama a atenção para distinção entre ambas quando observa que o indivíduo é juridicamente obrigado a determinada conduta quando de oposta conduta sua é tomada pressuposta de um ato coercitivo (sanção), quanto a responsabilidade surge a partir do descumprimento do dever, ou seja, responsável é o indivíduo que, tendo um determinado dever jurídico não o cumpre em plenitude, o que implica tanto o não-fazer como o fazer de forma defeituosa. Vemos ainda que, na responsabilidade, o indivíduo responsável, não é

⁹ Segundo SILVA FILHO (1991, p. 72), a força jurídica da deliberação jurisdicional, a propósito de um conflito de interesses, consiste no estabelecimento da coisa julgada. Esta qualidade especial reveste a decisão judicial que, após transitar em julgado, torna-se imutável, nem mesmo podendo ser atingida pela lei (CF, inciso XXXVI, artigo 5º).

obrigatoriamente o descumpridor do dever ou obrigação, podendo a responsabilidade ser dirigida contra um outro indivíduo que se encontre vinculado com aquele numa relação determinada pela ordem jurídica.

A responsabilidade verifica-se, portanto, quando um órgão ou seu titular responde pelos efeitos derivados pelo exercício. Nesta linha, o brilhante constitucionalista J. J. Canotilho vincula os efeitos do ato para expressar a configuração da responsabilidade; assim, segundo ensinamentos do mestre, citado em ARRUDA (1997, p. 166), quando o ato do agente público repercute na relação de confiança política que existe entre os agentes ou órgãos, fala-se de responsabilidade política; quando a situação de responsabilidade deriva da lesão de um direito por violação de determinada obrigação para com outro sujeito ou por comportamento ilícito, fala-se de responsabilidade civil; quando a situação se refere a violação de normas diretivas de caráter administrativo ou disciplinar, fala-se em responsabilidade administrativa ou disciplinar; e ainda, quando a situação deriva de um comportamento delituoso, estamos diante da responsabilidade penal.

De qualquer modo, onde há o exercício do poder, deve haver responsabilidade, visto que, entre ambos, há relações diretamente proporcionais, se analisados dentro de um sistema democrático. Ainda, para que possamos falar de responsabilidade como categoria conceitual autônoma, devemos tomar em consideração, seguindo a lição de CANOTILHO, (2002, p. 128), três dimensões:

- a) a responsabilidade pressupõe o reconhecimento ao titular dessa responsabilidade, ou seja, um sujeito responsável;
- b) a responsabilidade implica uma vinculação funcional, traduzida na obrigatoriedade da observação de certos deveres jurídicos;
- c) a responsabilidade está articulada com a existência de sanções jurídicas (penas, disciplinares, exoneração), pelo não cumprimento ou cumprimento defeituoso de deveres ou tarefas destinados aos agentes ou órgãos responsáveis.

Como visto, a responsabilidade civil surge no Direito como um instituto com uma função precípua: a de reparar dano, fazendo recolocar-se o prejudicado no *status quo ante*, buscando-se o equilíbrio econômico-jurídico afetado.

Para DINIZ (1999, p. 32), responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato

próprio imputado, de pessoa por que ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva) ou ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

1.4.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual: Conceitos e Apontamentos Históricos

A responsabilidade civil, doutrinariamente, separa-se em duas grandes espécies: a primeira, que situa no âmbito da inexecução obrigacional refere-se a responsabilidade contratual¹⁰; enquanto a segunda, posicionada no inadimplemento normativo, cognomina-se responsabilidade extracontratual. Tratando-se, pois, de uma classificação de acordo com a ofensa ao Direito.

A propósito leciona CAVALEIRO FILHO (2000, p. 26-27), citando o Professor Ricardo Pereira Lima, que o dever jurídico pode surgir da lei ou a vontade dos indivíduos. Nesse último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade. Se a transgressão se refere a um dever gerado em negócio jurídico, há um ilícito negocial, comumente chamado de ilícito contratual, por isso que mais freqüentemente os deveres jurídicos têm como fonte os contratos. Se a transgressão pertine a uma dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual, por isso que gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos.

O ilícito contratual, no nosso Código Civil, artigo 389, alcança a determinação da responsabilização dos atos do devedor, que “não cumprida a obrigação, responde por perdas e danos, mais juros e atualização monetária.” Fica aí a obrigação de se reparar o dano causado em face de inadimplemento de acordo bilateral de vontades.

Ilícito extracontratual, é assim, a transgressão de um dever jurídico imposto pela lei, enquanto que ilícito contratual é a violação de dever jurídico criado pelas partes no contrato, e no nosso sistema jurídico, baseia-se no artigo 186, também do código civil, que

¹⁰ Exemplificando AZEVEDO (1994, p. 7): “Se A e B realizam um contrato qualquer, por este, aqueles regulamentam seus interesses particulares, de tal forma que fazem contrato verdadeira lei entre eles. As cláusulas contratuais devem ser, por eles, observadas, rigorosamente, sob pena de responsabilidade do que as descumprir (responsabilidade contratual); por outro lado, todos devem respeitar o direito alheio, obedecer às normas que regem nossa conduta [...] imaginemos que alguém quebre o vidro de uma vitrina, nenhum contrato preexistiu, senão uma obrigação de não lesar o próximo, contida na lei. Ante esse ato ilícito, a responsabilidade emerge.”

fundamenta a responsabilidade extracontratual na conduta culposa do agente e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano “[...] aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Esta última responsabilidade é também denominada de responsabilidade aquilina, em referência expressa a *Lex Aquilia de damno* (Século III a.C.), que regulava no direito romano, as bases da responsabilidade civil, criando forma pecuniária de indenização do dano, assentada no estabelecimento de seu valor.

Contudo, a primeira notícia acerca de regulação de tal instituto remonta o Código de Hamurabi, o qual primitivamente, lastreado na vingança privada, os homens faziam justiça pelas próprias mãos. Eram inúmeras regras jurídicas contidas no Instituto Humarábico que faziam alusões à responsabilidade civil.¹¹

Resquícios dessa pena do Talião encontram-se na Lei das XII Tabulas. A Tabula VII, da 11ª - *Da delictis* – consagra-a, com o seguinte texto: “Se alguém fere a outrem, que sofra a pena do Talião, salvo se existiu acordo.”

Aos poucos, as sociedades primitivas começaram a perceber que tal aplicação de justiça entre as partes não era suficiente para reparar o dano ao ofendido, e mais ainda, criava-se um novo problema para a comunidade, que era o de prover o sustento de mais um membro, pois se para punir o agressor, aplicava-se a este pena igual ao mal que causou ao seu ofendido, ao invés de terem que prove o sustento de um membro deficiente, passava então a ser dois.

Diante desta situação, os romanistas chegaram à conclusão de que mais benéfico para o interesse grupal, e também individual, seria acabar com a punição pela vingança, passando então a ter sua satisfação através da reparação do dano. CRETELLA JÚNIOR (1970a, p. 269), dá-nos esclarecimentos objetivos sobre a Lei Aquília, uma das maiores revoluções nos conceitos ju-romanísticos em termos de responsabilidade civil, indicando ser uma lei de circunstância provocada pelos plebeus, que se protegiam contra os prejuízos que lhe causavam os patrícios nos limites e suas propriedades. Tratam-se aliás, da reunião das disposições anteriores dispersas, agora agrupadas em bloco. O *damnum iniuria datum* (dano causado à coisa alheia) foi o novo delito civil introduzido pela Lei Aquiliana. Segundo PEREIRA (1999, p. 2), Este marco é de tão relevante importância, que a ele atribui-se o aparecimento do elemento “culpa”, como parte fundamental da reparação do dano. De acordo com ensinamento de DINIZ (1999, v. 7, p. 10) sob o império da

¹¹ Dentre as quais, no Capítulo XI – que tratava dos Delitos e Penas, Lesões Corporais, Talião e Indenizações – podemos citar o artigo 195 “Se um filho bater em seu pai cortarão sua mão”; artigo 196 “Se um homem destruir um olho de outro homem, destruirão o seu olho”; e artigo 177 “se destruir o olho de um homem vulgar ou quebrar seu osso, passará um mina de prata”.

Lex Aquilia, conheceram-se os primeiros *albores* da chamada responsabilidade extracontratual, nascendo assim a sua separação da responsabilidade contratual, idéia também defendida por DIAS (1995, p. 18), quando prescreve ser na Lei Aquília que se esboça afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano.

Contudo, de acordo com majoritária doutrina, mesmo com avançado instituto não se chegou a substituir totalmente a vingança privada por uma norma geral definidora de responsabilidade civil, pois não se conseguia separar a reparação da pena (ou idéia de punição). Tratavam como idéias consímiles a responsabilidade cível e criminal. Segundo Luís ALMEIDA (1998, p. 9), o alvo predominante do Direito Romano, não era a satisfação da vítima, mas sim, a punição do causador do dano. Somente com a concepção madura da idéia que diferenciava o dano social do dano cometido material, especialmente quando o Poder Público assumiu as responsabilidades pela imposição de pena aos que cometessem danos contra a harmonia social e a responsabilidade patrimonial no âmbito civil, foi que estabeleceu uma diferença entre as idéias de punição e de reparação como forma de solução pelo dano causado.¹²

Mantendo-se em ímpar evolução, o instituto da Responsabilidade Civil adaptou-se às verdadeiras necessidades daquele que sofreram um dano, seja ele de natureza patrimonial ou moral. O Código Napoleônico consagrou a teoria de que a responsabilidade civil se funda na culpa, partindo daí a definição de culpa, que mais tarde viria a ser incorporada pelos mais diversos ordenamentos jurídicos do mundo. Fora o jurista francês Domat que precisou em seu pensamento, as categorias da culpa de que podem provir o dano: a que acarreta, a um tempo, a responsabilidade penal, do agente perante o Estado, e a responsabilidade civil, perante a vítima; a das pessoas que descumprem as obrigações, culpa contratual; e a que não se liga, nem a crime, nem a delitos, mas que se origina da negligência ou imprudência. Era a generalização do princípio aquiliano. Acerca disto, ecoa o ensinamento de Maria Helena Diniz, que escreve que a responsabilidade civil só se estabeleceu por obra da doutrina, cuja figura dominante foi o jurista francês Domat, responsável pelo princípio geral da responsabilidade civil. Essa idéia veio a ser adotada pelo artigo 1382 do Código Civil Francês, que veio a influenciar quase todas as legislações que estabeleceram como seu fundamento a culpa.

¹² Acerca de tal evolução, DIAS (1995, p. 19-20): traçada em síntese, é esta, pois a evolução da responsabilidade civil no direito romano: da vingança privada ao princípio de que a ninguém é lícito fazer justiça pelas próprias mãos, à medida que se afirma autoridade do Estado; da primitiva assimilação da pena com a reparação, para a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, por insinuação do elemento subjetivo da culpa, quando se entremostra o princípio *nulla poena sine lege*. Sem dúvida, fora dos casos expressos, subsistia a indenização o caráter da pena. Mas os textos autorizadores das ações de responsabilidade se multiplicaram, a tal ponto que, no último estágio do direito romano, contemplavam não só os danos materiais, mas também os princípios de danos morais.

A teoria da culpa, para DIAS (1973, p. 36), resumida com algumas arrogâncias por Rudolf Von Ihering, na forma “sem culpa, nenhuma reparação”, satisfaz por dilatados anos à consciência jurídica, e é, ainda hoje tão influente que inspira a extrema resistência oposta por autores insignes aos que ousam proclamar a sua insuficiência em face das necessidades criadas pela vida moderna, sem aludir ao defeito da concepção em si mesma. Em face a esta estrutura que se formaram as modalidades da culpa: *in vigilando, in eligendo, in comitendo...* que muito contribuíram para a evolução das diversas teorias que envolviam-nas.

O Direito moderno, na verdade, mercê da relevância sempre crescente atribuída ao interesse coletivo, tem superado os tradicionais dogmas individualistas e coletivistas. O fenômeno revela-se particularmente nítido em matéria de responsabilidade civil. Desde logo, esta se desviou do subjetivismo para as concepções objetivistas: ou admitindo que pessoas isentas de culpa respondam por danos causados, ou como decorrência de uma evolução registrada no próprio conceito de culpa.

É inconteste que a responsabilidade daquele que tem culpa tem ocupado papel de maior destaque dentro de nossa comunidade jurídica, mas caminhando lado a lado com a responsabilidade fundada na culpa – responsabilidade subjetiva – está aquela que independe de culpa – responsabilidade objetiva e responsabilidade pelo risco. São pois, estes, os dois sistemas que norteiam a teoria da responsabilidade civil, que passarão a ser analisados.

1.4.3 Responsabilidade Subjetiva

De acordo com a teoria da Responsabilidade Subjetiva, para que haja a obrigação de indenizar é necessária que seja demonstrada a culpa do suposto violador do direito da vítima, sendo desta última a incumbência de provar tal situação para que tenha direito à indenização.¹³ De acordo com GONÇALVES (2003, p. 28) conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano.

¹³ A culpa, na teoria subjetiva, torna-se pressuposto para a existência da obrigação de indenizar, baseada em responsabilidade contratual ou extracontratual. Para DINIZ (1999, V. 7, p. 38), a culpa seria a reprovabilidade ou censurabilidade da ação causadora do dano. A ação do agente seria reprovável quando se imagina que ante as circunstâncias do caso poderia ele agir de maneira diversa evitando o dano causado. Para a Teoria Subjetiva, para haver responsabilidade é preciso que haja culpa. Na culpa o agente tem vontade controlável, sua ação se dá por ato volitivo, mas não necessariamente por vontade controlada. É a diferença da conduta que tenciona e a conduta que intenciona. A conduta que tenciona, para CAVALIERI FILHO (2000, p. 31-48), já é suficiente para caracterizar a culpa, sendo a conduta intencional o dolo, compreendido na culpa para efeitos da responsabilidade.

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Também chamada de teoria da culpa, ou “subjéitiva” pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser subjéitiva a responsabilidade quando se esteia na idéia de culpa. Prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Segundo PEREIRA (1999, p. 19),

[...] a doutrina da culpa assume todas as versas de uma fundamentação ostensiva e franca com o Código de Napoleão [...]. Sobre este preceito a corrente exegética assentou que o fundamento da reparação do dano causado é a culpa. Os autores franceses desenvolveram-na em seus caracteres e construíram por todo o século passado, a ainda neste, a doutrina subjéitiva. E continua na pág. 31, a essência da responsabilidade subjéitiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características.

Para CAVALIERI FILHO (2000, p. 35):

[...] não basta a imputabilidade do agente para que o ato lhe possa ser imputado. A responsabilidade subjéitiva é assim chamada porque exige ainda o elemento culpa. A conduta¹⁴ culposa do agente erige-se em pressuposto principal da obrigação de indenizar. Importa dizer que nem todo comportamento do agente será apto a gerar o dever de indenizar, mas somente aquele que estiver revestido de certas características previstas na ordem jurídica. A vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa, caso contrário, terá que conformar-se com a sua má sorte e sozinho suportar o prejuízo. Vem daí a observação que a irresponsabilidade é a regra, a responsabilidade exceção.

Para BITTAR (1999, p. 40), a teoria da culpa – ou subjéitiva – cabe perfazer-se a perquirição da subjétividade do causador, a fim de demonstrar-se, em concreto, se quis o resultado (dolo) ou se atuou com imprudência, imperícia ou negligência (culpa no sentido estrito).

¹⁴ Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo conseqüências jurídicas.

1.4.4 Responsabilidade Objetiva

Contudo, a responsabilidade subjetiva, há muito tempo já não vinha sendo uma forma satisfatória de se proceder à entrega da tutela jurisdicional, dado que em muitos casos era impossível a vítima fazer prova da conduta faltosa do autor do dano, como sói ocorrer nos casos de acidente de trabalho, em que ao empregado era praticamente impossível demonstrar a negligência do patrão, seja pela dificuldade na colheita das provas documentais, seja ainda pela ausência de testemunhas, todas zelosas no sentido de manterem seus empregos. Verificou-se, pois que nem sempre o lesado consegue provar estes elementos. Especialmente, segundo PEREIRA (1999, p 262), “[...] fruto da desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição dos meios de prova trazido ao processo [...] a vítima remanesce não indenizada, posto se admitia que foi efetivamente lesada.”

Nesse panorama histórico-evolutivo é que se mostrou necessária a reformulação das regras concernentes à responsabilidade civil, transmutando-se conceitos antigos e inadequados à realidade do desenvolvimento das relações sociais, de modo a conferir e ampliar de forma objetiva as possibilidades daquele que foi lesado em seu direito de obter a correspondente indenização. Importante ponderação é feita por STOCO (1999, p. 76):

[...] a insatisfação com a teoria subjetiva, tornou-se cada vez maior, e evidenciou-se a sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo. A multiplicação de oportunidades e das causas de danos evidenciou que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação.

Isto leva, ainda no século XIX, aparecerem as primeiras teorias alusivas a responsabilidade extracontratual objetiva. O Código Francês prevê em seu artigo 1384 que a responsabilidade objetiva abstrai-se da culpa.¹⁵ Tendência também trazida nas lições de Miguel Maria LOPES (1995, p. 381) “[...] há mero nexo de causalidade externa: a obrigação de indenizar decorre da simples relação de causa e efeito entre o fato-causa e o fato consequência.”

A teoria da culpa presumida foi assim lastreada, em princípios, como do interesse ativo, da prevenção, da equidade ou do interesse preponderante, da repartição do dano e do

¹⁵ Para PEREIRA (1999, p. 21-22): “[...] o maior valor da doutrina sustentada por Raymond Saleilles – teórico da teoria objetiva – [...] foi ter enquadrado a teoria objetiva como “uma teoria social que considera o homem como fazendo parte de uma coletividade e que o trata como uma atividade em confronto com as individualidades que o cercam.”

caráter perigoso do ato; isto em busca da entrega de uma tutela jurisdicional mais justa. Tratava-se pois, de um importante avanço para reduzir a desigualdade que coloca a vítima de danos em condições inferiorizadas com relação a seu ofensor.

Ainda mais avançadas foram as discussões que deslocaram a teoria objetiva da presunção para o risco, e neste sentido leciona GONÇALVES (2003, p. 29):

[...] uma das teorias que procuraram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, todas pessoas que exercem alguma atividade criam um risco de dano para terceiros. E devem ser obrigadas a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentu, ibi ônus*).

Ainda sobre isto, os ensinamentos do RODRIGUES (2002, p. 10):

[...] na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente. A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco para terceiros deve ser obrigado a repará-lo. Examina-se ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.

Assim, consideramos o surgimento da responsabilidade estatal estando demonstrados: a) uma ação ou omissão do Estado lícita ou ilícita; b) dano à esfera juridicamente protegida de outrem; 3) nexo de causalidade entre o comportamento do Estado e o dano.

1.5 Responsabilidade Extracontratual do Estado

Os postulados do Estado Democrático de Direito trazem consigo a idéia de responsabilidade e de garantia ao direito dos administrados que, juntamente com os princípios e presunções do Direito Administrativo, equilibram a equação existente entre a própria Administração e aqueles a quem competem à observância de seus ditames.

É sob esta assertiva que Celso Antonio MELLO (2001, p. 799) ao tratar acerca do que é Responsabilidade Extracontratual do Estado afirma tratar-se da obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Há situações em que o interesse privado deva ser sacrificado para que haja a satisfação de um interesse coletivo, ou seja, público. Ambos interesses, neste caso, são tutelados pelo Estado, porém, por circunstâncias diversas, não pode o Estado satisfazer o segundo sem que com isso 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 vigente. Desta feita, quando legalmente autorizado pelo ordenamento jurídico, o Estado – em nome do interesse público e coletivo – age no sentido de afetar interesses particulares, não estamos diante de Responsabilidade Extracontratual (haja vista que não houve violação de nenhum preceito legal), mas sim, de mera intervenção pública na esfera de direitos do particular.

Para que incorra em responsabilidade, conforme já ponderado, o Estado deve necessariamente violar a esfera de direitos juridicamente tutelados pelo próprio Estado; e não meramente sacrifício destes.

Sobre isto, ensina Celso Antonio MELLO (2001, p. 802):

[...] entendemos necessário discernir, e sacar para fora do campo da responsabilidade, apenas os casos em que o Direito confere à Administração poder jurídico diretamente preordenado ao sacrifício do direito de outrem. Diversamente, consideramos inclusos no tema de responsabilidade os casos em que uma atividade lícita do Estado, orientada para certo fim não necessariamente entechante com o direito de outrem, vem, todavia, a compor situação na qual este resulta transgredido, como consequência mediata do comportamento estatal lícito.

Excetuando-se tal situação juridicamente fundamentada, o Estado será responsabilizado, incluindo-se aqui responsabilidade por atos de seus agentes ocupantes de qualquer função ou nível de poder, pois como acertadamente se pronuncia o Professor DALLARI (1982, p. 30), todos que agirem, em qualquer área ou nível, como integrantes de algum órgão público e exercendo uma função pública, devem ser juridicamente responsáveis por seus atos e omissões.

1.5.1 Evolução Histórica

Mesmo que não haja conformidade de entendimentos entre os doutrinadores acerca da teoria a ser aplicada a cada caso específico, a responsabilidade civil do Estado fora um dos institutos administrativos que mais sofreu evolução. De tempo em tempo, em face a alternância de referencial teórico, jurídico, histórico, este sofre modificações em suas sustentações teóricas.

Até atingir o estágio atual, passou por uma gradual e surpreendente evolução, e certamente ponto crucial para isto se deve ao direito francês, em especial pela construção jurisprudencial trazida pelo Conselho de Estado.

Para um melhor estudo, uma sistematização fora feita, dividindo-se as principais teorias de Responsabilidade Extracontratual (genérica) do Estado da seguinte forma:

- a) Teoria da Irresponsabilidade
- b) Teorias civilistas (classificadas como de atos de Império e de Gestão; e Teoria da Culpa Civil).
- c) Teorias publicistas (classificadas como da culpa administrativa – ou teoria subjetiva; e teoria objetiva – e respectivas divisões).

Antes de adentrarmos, importante a ponderação feita por BAHIA (1992/1993, p. 12) que na evolução das teorias acerca da responsabilidade civil do Estado, estas não se sucederam por substituição umas às outras. A aceitação de uma teoria não representa o abandono ou esquecimento da outra. Ao contrário, o mundo jurídico verificou a coexistência progressiva dessas teorias.

1.5.1.1 Teoria da Irresponsabilidade

Em tempos remotos, o Direito vigente trazia a idéia de que o Estado não podia ser responsabilizado pelos danos ocasionados aos administrados, em virtude de seus atos praticados pelos seus agentes, no desempenho da missão que lhe é própria, ou seja, a consecução do bem comum. Assim, a tese fundamenta-se na idéia de soberania do Estado, ou seja, era inconcebível que o próprio Estado, criador e tutelador das regras jurídicas as violassem. Entendia-se que o

Estado gozava, no ensinamento de DI PIETRO (1999, p. 525) de autoridade incontestável perante o súdito. Daí surgirem as máximas “*The king can do no wrong*”, como dito na Inglaterra, ou ainda “*Lê roi ne pout mal faire*”, equivalente expressão francesa.

A fase da irresponsabilidade do Estado, também denominada de teoria feudal ou regaliana, vigorou de início em todos os Estados, mas se notabilizou nos absolutistas. Nestes, negava-se que tivesse a Administração Pública a obrigação de indenizar os prejuízos que seus agentes, nessa qualidade, pudessem causar aos administrados. O Estado não poderia causar males ou danos a quem quer que fosse. Como exemplo, podemos citar o indicado por Celso Antonio MELLO (2001, p. 64), o caso do monarca francês Luiz XIV que certa feita, vangloriando-se da irresponsabilidade extrema proclamou “*L’État c’est moi*” (O Estado sou Eu).

Podemos assim considerar que a irresponsabilidade fundava-se em três postulados: 1) o Estado era o rei, que detinha a soberania, e responsabiliza-lo significaria rebaixá-lo as condições dos súditos; 2) o Direito nada mais era que uma consequência do Estado soberano, sendo inconcebível a violação daquele por este; e 3) os atos contrários ao direito não seriam praticados pelo Estado, mas sim, pelos agentes públicos, devendo ser atribuída somente a estes qualquer espécie de responsabilidade.¹⁶

Frente a tal flagrante injustiça que elevava o Estado à intangibilidade jurídica quando da prática de atos lesivos a terceiros, passou-se a um combate ferrenho por parte dos cidadãos que a ele se submetiam. Entendia-se, assim como hoje, que o Estado enquanto pessoa jurídica que é, não poderia furtar-se da responsabilização. Tal idéia foi assim difundida entre os povos, fazendo parte do ordenamento jurídico das gentes civilizadas, e segundo CARVALHO (2002, p. 46) os últimos países que adotavam a irresponsabilidade: Estados Unidos e Inglaterra, que aboliram em 1946 e 1947, respectivamente.

1.5.1.2 Teorias Civilistas

Com a superação da irresponsabilidade, haja vista que o Estado a partir do século XIX passou a ter novas feições, visto como pessoa revestida de personalidade, com capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações, passou-se a admitir a responsabilização

¹⁶ Neste sentido Oswaldo MELLO (1974, p. 479): “[...] em atuando os agentes públicos com dolo ou culpa, estes responderiam, individualmente, por seus atos, mesmo quando no exercício de cargo público. Isto porque, em violando o direito, não agiam em nome do Estado, como seu preposto, mas em nome próprio.”

do Estado a partir das teorias denominadas civilistas, visto que vinculavam a responsabilidade estatal à natureza dos atos lesivos praticados pelos seus agentes, ou à situação pessoal dos mesmos, como a do mandato ou da representação, ou do enriquecimento sem causa, ou ainda abuso de direito.

Dá-se a estas teorias o nome de civilistas uma vez que se apoiavam nos ensinamentos trazidos pelo Direito Civil, que por toda sorte, baseia-se na idéia de culpa do agente causador do dano.

1.5.1.2.1 Teoria dos Atos de Império e de Gestão

Neste momento, para fundamentação a respeito de responsabilidade do Estado, distinguia-se, segundo MASSARENTE (2001, p. 25): a) quando agia soberanamente, usando o seu poder de império atos *iure imperi*, não havia equiparação à pessoa jurídica de direito privado e via de conseqüência não poderia ser responsabilizado; b) quando a atividade se equiparasse aos particulares, praticava ato de gestão (atos *iure gestionis*) e sujeitar-se-ia a reparar os atos lesivos causados por seus prepostos.

Como neste último caso não haveria distinção entre o comportamento estatal e o do particular, uma vez que ambos se encontram em situação de igualdade formal, estaria pois, passível de responsabilidade o poder público, desde que averiguada a culpa – *latu sensu* – do agente deflagrador do dano.

Acerca de tal distinção CAHALI (1995, p. 20), “[...] conquanto tinha tido o mérito de representar uma fenda no princípio da irresponsabilidade, a teoria civilista acabou sendo descartada em razão da insuficiência de seus argumentos.”

Conforme DI PIETRO (1999, p. 526):

[...] indica modernamente a possibilidade de distinguir os atos de império dos atos de gestão da Administração Pública, perdeu por completo sua sustentabilidade que por ser impossível dividir a personalidade do Estado – caso contrário, estaríamos diante de uma dualidade de vontades partindo da mesma entidade jurídica -, quer pela dificuldade de se enquadrar como atos de gestão todos aqueles promovidos pelo Estado com a finalidade de administrar o patrimônio público, ou quando estiver a prestar serviços.

Em face a estas ponderações doutrinárias, ainda que haja culpa do agente ficou impossível se falar em responsabilidade fundada nesta teoria.

1.5.1.2.2 Teoria da Culpa Civil

De acordo com TRUJILLO (1996, p. 59), seguiu-se a teoria da culpa civil, que admitia a responsabilidade do Estado com fundamento na culpa do funcionário, conceito expresso e inspirado no Direito Civil. A imputação ao Estado dava-se quando o dano causado ao administrado proviesse de conduta culposa do agente estatal. Somente os atos que revelassem a existência de imprudência, negligência ou imperícia do funcionário público, obrigariam o Estado, pois, os atos dolosos eram imputados diretamente ao funcionário.

Assim, para que o Estado respondesse pelos danos, incumbia ao particular prejudicado provar para além do dano e do nexo de causalidade, a ilicitude do agente.

Os pressupostos exigidos para fazer emergir a responsabilidade estatal configuram verdadeiros entraves à efetividade do direito enunciado, pois que, a prova da culpa de uma pessoa jurídica apresenta de regra dificuldades, máxime em se tratando do Estado. E mais, para se trazer o Estado como responsável era mister ainda demonstrar ou que o Estado havia contratado pessoa sem habilitação técnica adequada (denominada culpa *in eligendo*); ou que não tivesse fiscalizado o desempenho funcional do agente (culpa *in vigilando*). Sem um destes pressupostos não surgiria a culpa do Estado, mas tão somente, poderia ser invocado a pessoa do agente.

Notadas as imperfeições, como era de se esperar, até mesmo por força do Regime Jurídico-Administrativo, a doutrina civilista foi cedendo espaço às normas e princípio de Direito Público, emergindo as teorias publicistas, destacando-se, conforme ensina HENTZ (1995, p. 70), a incomensurável contribuição da jurisprudência francesa, cujas decisões envolviam o Estado-Administrador e o particular, em que a imputação se baseava, em princípio, no funcionamento defeituoso do serviço, tomando-se assim vulto, as teorias que buscavam uma responsabilidade extracontratual direta do Estado.

1.5.1.3 Teorias Publicistas

Com gradual afastamento da aplicabilidade das normas de Direito Civil para que estas dessem lugar aos princípios, regras e peculiaridades próprias do Direito Público e Administrativo, advieram as Teorias Publicistas; neste sentido, segundo Celso Antonio MELLO (2001, p. 438) a evolução destas teorias passou pelas idéias de responsabilidade subjetiva (ainda baseada na culpa, porém esta de cunho administrativo), até atingir a denominada responsabilidade objetiva – baseada, a grosso modo, na mera relação de causa e efeito entre o ato estatal e o evento danoso, conforme já demonstrado.

Substituindo-se a noção privatística pela noção publicista da culpa, passou-se a ter como culpa não mais aquela violação de direito praticada por alguém agindo pelo Estado, mas a culpa do próprio Estado, enquanto pessoa que atua através dos órgãos, os quais, à sua vez, compõem-se e dinamizam-se pelos agentes públicos.

Segundo CRETELLA JÚNIOR (1970b, p. 84), em seu tratado de Direito Administrativo, “[...] abriu nova era na resolução do que se denomina de autonomia da responsabilidade administrativa, liberando-se de uma vez os doutrinadores das conseqüências rigorosas da teoria privatística.”

1.5.1.3.1 Teoria da Culpa do Serviço

Tratando-se de teoria responsável pela transição, recebeu também as denominações de teoria da culpa administrativa, do acidente administrativo, ou falta do serviço, preconizava a não necessidade da individualização do agente que agiu culposamente para a deflagração do dever de indenizar pelo Estado, basta a idéia trazida pela doutrina francesa de *faute du service*, ou seja “culpa do serviço”. Sobre este assunto teoriza Oswaldo MELLO (1974, p. 482):

[...] não se trata de culpa individual do agente público, causador do dano. Ao contrário, diz respeito à culpa do serviço diluída na sua organização, assumindo feição anônima, em certas circunstâncias, quando não é possível individualizá-la, e então, considera-se como causador do dano, só a pessoa coletiva ou jurídica.

Sobre este critério, não se faz necessário ao particular mais demonstrar qualquer culpa por parte do agente público, nem ao menos individualizar a causa do evento na pessoa do agente determinado; bastando provar que o serviço, por funcionar mal, não funcionar, funcionar atrasado ou funcionar defeituosamente, causou-lhe o prejuízo; assim, basta a prova do nexos causal entre o funcionamento imperfeito do serviço e o dano ocorrido, com o que estará positivada a obrigação estatal de ressarcir.

Substitui-se assim, a culpa de uma pessoa determinada, ou preposto, órgão ou agente, da pessoa jurídica, pela culpa da instituição que mantém o serviço público; logo, por intermédio de uma imagem, alude-se tão somente a culpa do serviço (culpa esta encarada no sentido figurado, pois sabidamente culpa só pode ser atribuída a alguém, e não a algo).

A teoria em debate, segundo MEIRELLES (1995, p. 556-557) caracterizava-se como responsabilidade subjetiva, a despeito de alguns doutrinadores considerarem como tipo de responsabilidade objetiva (por exigir somente nexos e dano comprovado); porque ao se indagar da culpa subjetiva do agente, perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado ao terceiro¹⁷.

Para Ailton QUEIROZ (2001, p. 106),

[...] encontramos na teoria da culpa administrativa importante relação com o tema (da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais), e ela, está exatamente na questão dos prazos que o Juiz tem para praticar determinados atos, ao aludir tal particularidade, necessário se faz que estejamos atentos às teorias da responsabilidade da administração, pois quando o Juiz não cumpre injustificadamente os prazos estabelecidos, certamente incorre nas condições previstas nesta teoria, visto que o retardamento e o mal funcionamento do serviço é uma das características da culpa administrativa – e se estes ocorrem, o Estado terá que ser responsabilizado civilmente pela falha do seu agente, o Juiz.

Já com relação à inexistência do serviço, tal situação parece-nos ainda mais presente em nossos dias, pois não são poucas as vezes que um cidadão busca no Estado-Juiz a satisfação de uma pretensão sua e este, por questões de mal aparelhamento e o acúmulo de serviços, não cumpre com sua função constitucional que é a de dar solução rápida aos conflitos existentes entre as pessoas.

Exemplo claro - segundo ele - está no Direito Previdenciário, que na maioria das vezes a parte interessada sequer chega a conhecer o resultado de seu conflito, pois sua idade, somada a morosidade que envolvem as questões forenses, o lapso temporal lhe tirou a vida.

¹⁷ Importante salientar que para o consumidor da Justiça, melhor considerar a falta do serviço como teoria objetiva, haja vista que bastará tão somente demonstrar o prejuízo em razão da deficiência (falta – denegação – retardamento) do serviço, para que a responsabilidade estatal configure-se.

1.5.1.3.2 Teoria do Risco Administrativo

Com doutrina subjetivista, notadamente, houve uma cisão da responsabilidade do Estado em relação ao Direito Civil, e certamente o Tribunal de Conflitos Francês, ao julgar o caso da francesa Arrêt Blanco¹⁸ consolidou tal entendimento.

Não negando o considerável avanço obtido pela teoria da culpa administrativa, ainda persistiam empecilhos de ordem prática que, diretamente terminavam por obstaculizar a responsabilidade estatal. Os operadores do direito orientados por uma formação dogmática civilista exigiam um rigor probatório extremo e desmedido que causava gravames aos administrados, que se viam obrigados comprovar, sem margem de dúvidas, o imperfeito funcionamento do serviço público.

Necessário assim, a desvinculação completa da idéia de culpa, estabelecendo-se a concepção de responsabilidade vinculada ao nexos e ao dano sofrido. Entre a culpa administrativa e o risco administrativo, existia, uma clara distinção: em vez de a vítima ter que provar a imperfeição do serviço seria suficiente demonstrar a correlação entre o ato do serviço e o dano.

Assim, segundo MEIRELLES (1995, p. 532), “[...] para a concretização do dever jurídico de indenizar o administrado com fundamento na teoria do risco administrativo, basta que do ato injusto do Estado sobrevenha dano ao particular; basta o ‘fato do serviço’.”

Substrato formado para o aparecimento da responsabilidade objetiva do Estado, que para Celso Antonio MELLO (2001, p. 439), é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.

Esta teoria baseia-se fundamentalmente no risco natural decorrente das mais variadas atividades desenvolvidas pelo Estado no cumprimento de propiciar os serviços públicos aos mesmos incumbidos.

Acerca disto, LASPRO (2000, p. 72), indica que o fundamento desta teoria reside no princípio da igualdade entre os administrados diante do ônus e encargos públicos. Parte-se

¹⁸ Caso ocorrido em 1873, na cidade de Bordeaux, França, é considerado um marco histórico no estudo da Responsabilidade Estatal, visto que na ocasião, o Tribunal de Conflitos Francês entendeu que a ação indenizatória deveria ser julgada pelo contencioso ADMINISTRATIVO, pois se tratava de responsabilidade decorrente de funcionamento de serviço público. Na verdade, tal colocação feita pelo conselheiro David no caso em tela, já vinha sendo construída no direito administrativo francês, surgindo pela primeira vez no caso Rothschild, em 1855, retomada no caso Blanco e confirmada no caso Pelletier, em 1873, meses após.

do pressuposto de que o Estado age em benefício de todos, sendo natural que deve repartir eventual prejuízo sofrido por algum indivíduo. E completa José Carlos OLIVEIRA (1995, p. 37), ao exercitar atividades de interesse coletivo, o poder público assume os riscos, podendo em decorrência de sua atividade, gerar prejuízos que recaíam sobre uns e menos sobre outros, cabendo à coletividade, representada pelo Estado, reparar a injustiça, existindo ou não culpa do órgão estatal.

E realmente, havendo comportamento prejudicial a responsabilidade decorrerá do princípio da isonomia, repartindo-se por todos os contribuintes, evitando-se que o ônus seja suportado apenas por uns. Dessa forma, recompõe-se o dano sofrido à custa dos serviços públicos.¹⁹

E para completar MEIRELLES (1995, p. 563), aponta que o alargamento do conceito de responsabilidade do poder público, obtido com a teoria do risco, não obriga o Estado a indenizar todos os danos sofridos pelos particulares, já que o mesmo pode demonstrar a culpa da vítima para excluir ou matizar a indenização. A possibilidade de utilizar-se das denominadas causas de excludente de responsabilidade é o que difere a teoria do risco administrativo da última teoria (do risco integral).

1.5.1.3.3 Teoria do Risco Integral

Como já adiantado, nesta teoria o Estado é encarado como um segurador universal, já que os danos experimentados pelos administrados devem ser reparados pelo poder público automaticamente, ainda que resultantes do comportamento concorrente do lesado. Prega-se uma repartição absoluta dos encargos públicos. Em seu Tratado de Direito Administrativo, CRETELA JÚNIOR (1970b, p. 69-70), indica que:

[...] a atividade estatal promove um risco de dano, esta teoria faz incidir sobre o Estado a responsabilidade deste como se se tratasse de uma pessoa jurídica de direito privado que atuasse no ramo de seguros em que os segurados seriam os contribuintes – administrados – que, ao pagar os tributos devidos, contribuem para a formação de um fundo patrimonial.

¹⁹ O juiz federal Guilherme Couto, que julgou o caso Bateau Mouche ao examinar a responsabilidade civil da União no acidente naval que envolveu a referida embarcação, lançou em sua sentença: “[...] é preciso frisar bem que a responsabilidade do Estado existe de uma consciência de que, em certos casos, na conduta ilícita de agentes do poder público, é mais justo dividir pela coletividade o prejuízo de um ou uns [...]” (Justiça Federal de 1ª instância no Estado do Rio de Janeiro, ação sumaríssima n. 91.0020195-2).

Trata-se pois, de uma modalidade extremada da doutrina do risco, por conduzir a abuso e à iniquidade social. Os adeptos desta teoria pregavam uma socialização extremada de todo e qualquer dano particular, deslocando o ressarcimento para a esfera assistencial e a esta desprovendo de qualquer fundamento jurídico, já que o Estado ficaria impedido de eximir ou minorar sua responsabilidade, desnaturando o instituto.

Outra prova da imprestabilidade desta teoria, segundo Juary SILVA (1985, p. 87), está no fato de que o Estado assistencial já se depara por demais com uma infinidade de problemas ligados às populações carentes: pauperismo, desemprego, doenças, analfabetismo, migrações internas, calamidades naturais, mortalidade infantil, criminalidade... e ao se acrescentar a essa constelação de problemas a responsabilidade automática por atos danosos imputáveis ao poder público, seria impróprio e retrógrado, visto que a responsabilidade na teoria do risco administrativo, atingiu uma formulação dogmática adiantadíssima.

Crítica é feita nos ensinamentos de CAHALI (1995, p. 41):

[...] a responsabilidade objetiva se satisfaz com a verificação do nexo de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo e a Administração Pública e o evento danoso verificado como consequência; o ato do próprio ofendido ou de terceiro, o caso fortuito ou força maior, argüidos como causa do fato danoso, impediriam a configuração do nexo de causalidade, elididos, daí, eventual pretensão indenizatória.

Em decorrência deste caráter extremo, injusto e revestido de flagrante abuso, a teoria do risco integral vem sofrendo acirrada crítica, desnaturalizando-a; visto que sua adoção geraria graves consequências não só aos princípios de base do Direito Público, mas sim a todo ordenamento jurídico.

1.5.2 Requisitos para Responsabilidade Objetiva do Estado

Para configuração da responsabilidade extracontratual do Estado, de acordo com a teoria predominante, necessário pois, a configuração e demonstração de três requisitos: dano ressarcível, nexo de causalidade e qualidade do agente responsável pela prática.

1.5.2.1 *Dano Ressarcível*

De acordo com DINIZ (1999, v. 7., p. 48) dano “[...] é a lesão (diminuição ou destruição) que devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.”

Segundo PEREIRA (1999, p. 43-45), o dever de ressarcir somente vai existir no momento em que for causado um dano²⁰ à vítima, entendido como a perda de uma situação da qual esta se beneficiava.

Com efeito, não é qualquer dano derivado de conduta comissiva ou omissa que merece ser ressarcido, ao contrário, deverá apresentar características como: a) o dano há que corresponder à lesão de um direito da vítima; b) o dano deve ser certo e não eventual, ou seja, deve haver a certeza ou efetividade do dano.

Para CAHALI (1995, p. 77), o dano, para ser ressarcido, deve ser efetivo, imediato e não produto de mera probabilidade. É claro que isto não significa que o dano deverá ser sempre presente, podendo ser avocados, também, o dano futuro – como por exemplo os lucros cessantes – desde que plenamente calculáveis; devendo, porém, ser demonstrável e certo.

Os efeitos do dano podem ser tanto patrimoniais quanto morais, sendo o primeiro, para DINIZ (1999, v. 7, p. 51) referente a perda ou prejuízo de um bem juridicamente tutelado e economicamente apreciável; enquanto o segundo, para FRANÇA (1990, p. 181), é o bem jurídico não é mensurável economicamente e resultante de lesões à honra, dor, aflição física ou espiritual, humilhação, ou seja, é toda a lesão de caráter não patrimonial.

Como a finalidade da indenização não se vincula a enriquecimento por parte do que sofreu, não há de se falar em ressarcimento por parte do Estado caso o dano já tenha sido reparado por terceiro ou pelo próprio agente.

Importante ressaltar ainda que, segundo LASPRO (2000, p. 77), quando houver um ato ilícito praticado pelo Estado, produto de seu mau funcionamento, a simples presença do dano ao direito do indivíduo gera o direito ao ressarcimento; e ZANCANER (1981, p. 66-67), no caso do ato lícito do Estado, o direito à indenização não nasce da simples existência do dano, exigem-se também, a presença da anormalidade da situação fática, devendo esta ser especial, com perfeita individualização daquele que sofreu a lesão.

²⁰ Sobre o tema, leciona Miguel LOPES (1995, p. 222): “[...] a noção legal do dano comporta dois elementos: 1) elemento de fato: o prejuízo em si; 2) elemento de direito: a violação ao direito, ou seja, a lesão jurídica. É preciso que haja um prejuízo decorrente da lesão de um direito.”

1.5.2.2 Nexo de Causalidade

Com a evolução teórica acerca da responsabilidade extracontratual do Estado, afastou-se a necessidade de demonstração do elemento culpa; bastando pois, a demonstração de causa e efeito entre a conduta do agente público e o dano sofrido – ou seja, demonstração do nexos causal.

A idéia parece simples, porém, torna-se algo de construtivos debates quando apontam para um resultado produto de concausas, e neste sentido CAHALI (1995, p. 95-96) aponta as seguintes teorias:

1) teoria da equivalência das condições: esta doutrina sustenta que todas as condições que conduzem a um resultado são a causa desse resultado, sejam mediatas ou imediatas; portanto, basta que o sujeito tenha realizado uma condição desse resultado para que exista o nexos causal; um fenômeno é condição do outro quando, suprimindo-o mentalmente, faz-se impossível admitir que o fato conseqüente se teria produzido tal como ocorreu. 2) teoria da causa próxima e da causa direta: esta doutrina (tal como a da causa eficiente) procura selecionar, entre todas as condições de um resultado, uma de particular relevância, a que considera causa; a teoria da causa próxima, pelo menos em sua formação inicial, escolhe como causa a condição cronologicamente mais próxima do evento que se quer imputar. 3) teoria da causalidade eficiente: de acordo com esta teoria, as condições que conduzem a um resultado não são equivalentes, e existe sempre um antecedente que, em virtude de um intrínseco poder qualitativa e quantitativamente apreciado, é a verdadeira causa do evento; causa seria, pois, para esta teoria, a que tem um intrínseco poder de produção do fenômeno. 4) teoria negativa de Mayer: M. E. Mayer aceita os postulados da teoria da equivalência das condições para chegar a uma posição negativa do problema da causalidade porque entende que, sendo toda condição *sine qua non* relevante, carece de importância na prática comprovar a existência de uma relação de causalidade para o feito de imputação das conseqüências; o que resultaria decisivo sob tal aspecto seria a indagação da culpabilidade. 5) teoria da causalidade típica: Beling enuncia uma doutrina que em certa forma conduz também à negação do problema da causalidade, pelo menos dentro do direito penal, substituindo-a pela subordinação da ação a um tipo. 6) teoria da causalidade adequada: esta doutrina sustenta, assentando, assim, a sua discrepância fundamental com a doutrina da equivalência, que não basta que um fato seja condição de um resultado para que o agente possa considerar autor desse evento, toda vez que as condições não sejam equivalentes.

Seguindo a majoritária doutrina, nosso ordenamento pátrio adotou a teoria da causa direta e imediata, resultado, em princípio, a não responsabilidade indenizatória pelo dano remoto; uma vez que este seria indireto. Porém, não se trata de regra absoluta, podendo sobrevir concausas (que não as diretas), que acabem por resultar em vinculação causal entre conduta e dano. Cabe ao

juiz, proceder em seu julgamento, analisar o fato in concreto, sopesando cada situação na balança da justiça, ponderando com bom senso, razoabilidade e equidade.

1.5.2.3 *Qualidade do Agente*

Para Celso Antonio MELLO (2001, p. 484-485), o Estado – pessoa jurídica – não tem vontade própria do ponto de vista fático. Na verdade a sua ação existe tão-somente no campo jurídico, vez que se beneficia e sofre as conseqüências pelas ações e omissões daqueles que o representam.

Neste caso, o agente público pratica o ato como se fosse o próprio Estado; entendida a expressão agente público da forma mais ampla possível; e neste sentido CAHALI (1995, p. 102): “[...] abrangendo os funcionários, servidores, agentes políticos, ou seja, todo aquele que age como representante do Estado, independentemente de sua qualificação ou posição hierárquica, é considerado um agente para fins de responsabilização.”

Para LASPRO (2000, p. 81), a única ressalva que se faz é que o agente, o momento em que pratica o ato, esteja no exercício do serviço público, isto é, a causa do dano deve estar vinculada ao exercício das funções daquele agente; e é claro que isto não significa, que o Estado somente irá responder quando o agente praticar dentro de sua competência, mas sim, quando o ato for praticado por representante do Estado; mesmo fora dos limites de sua competência e atribuição, se a atuação for produto do fato de estar inserido na organização estatal, deverá o Estado ser responsabilizado.

1.5.3 Causas de Excludentes da Responsabilidade do Estado

Conforme apontado até o presente momento, responsabilidade é, grosso modo, segundo CARVALHO (2002, p. 66) o dever obrigacional de reparar o prejuízo causado, uma forma e restabelecer o *status quo ante* e, quando isto não é possível, a indenização terá caráter reparatório, ou até mesmo, compensatório.

Derivado dos princípios da legalidade e republicano, o Estado sempre responderá por atos ou omissões, lícitas²¹ ou ilícitas, que atinjam a esfera de direitos tutelados dos indivíduos. Porém, há casos em que o Estado se exime do dever de indenizar o particular, que de acordo com Celso Antonio MELLO (2001, p. 456) refere-se aos casos em que faltar o nexo entre seu comportamento comissivo e o dano, isto é, exime apenas se não produziu lesão que lhe é imputada, ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu, ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano. Fora daí responderá sempre. Em suma: realizados os pressupostos da responsabilidade objetiva não há evasão possível.

Em face a não adoção da teoria do risco integral, será totalmente (ou parcial) excluída a responsabilidade do Estado, nos seguintes casos:

1.5.3.1 Inexistência de Elemento (ou Requisito) Constitutivo da Responsabilidade

Estando diante da teoria objetiva da responsabilidade do Estado, restará este isento de indenizar o dano sofrido pelo particular, bastando a comprovação da inexistência do nexo de causalidade entre comportamento e dano gerado. Ora, se é de se aplicar à teoria objetiva em face de comportamentos (lícitos ou ilícitos), não havendo o nexo de causalidade entre ato estatal e dano suportado pelo(s) particular(es), não há que se falar em responsabilização do poder público.

Já, ao depararmos com a responsabilidade do Estado por comportamentos fundamentados na teorias subjetivas da responsabilidade, ficará afastada a mesma caso não tenha havido negligência, imprudência ou imperícia, tampouco dolo na omissão estatal. Assim, agindo o Estado dentro daquilo que impunha os ditames legais, ou das “[...] possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso.” (MELLO, C.A.B, 2001, p. 185), não há de se falar em responsabilização estatal.

E ainda, inexistindo dano (ou este impossível de ser ressarcido), não há de se falar em configuração de responsabilidade objetiva, por ausência de requisito constitutivo.

²¹ Segundo CARVALHO (2002, p. 67), em relação aos danos provenientes de comportamentos lícitos, além dos requisitos já mencionados no item anterior, estes apenas serão indenizáveis nos casos de anormalidade e especialidade. A anormalidade possui uma conotação de insuportabilidade, no qual o dano reveste-se de uma gravidade superior, excedendo o ônus normal de uma vida em sociedade, não podendo exigir que o administrado o tolere. Para auferirmos a especialidade, devemos observar a particularização do resultado causado pelo comportamento estatal, ou seja, será especial o dano em que o contingente alcançado é singular em sua descrição e exíquo em seu círculo de incidência.

1.5.3.2 Culpa da Vítima

Muitas vezes, pode acontecer que o resultado danoso derivou em razão da culpa da própria vítima, contribuindo definitivamente para que assumisse a condição de vítima. Nessas condições, em regra, há o rompimento donexo causal com o ato do agente estatal, não existindo o direito ao ressarcimento. Assim, pode acontecer que a vítima tenha contribuído em absoluto para o fato, ou ainda, que tenha concorrido junto ao ente administrativo para tal²²; neste primeiro caso haverá completa isenção de responsabilidade por parte do Estado, e no segundo, responderá na exata proporção em que houve a colaboração.²³

SCAFF (1990, p. 65) a este respeito, pondera:

[...] despiendo fazer notar que, mesmo nesta teoria (risco integral), em caso de ter havido culpa da vítima na acusação do dano, a verificação do montante a ser apurado deverá levar em conta esse dado, o que poderá excluir a responsabilidade do Estado. Desta forma, no caso de uma pessoa ter-se jogado sob as rodas de um carro público que transitava, não é possível querer responsabilizar o Estado, uma vez que o ensejador do ato que ocasionou a lesão foi a própria vítima.

1.5.3.3 Culpa de Terceiro

Para MEIRELLES (1995, p. 562), o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares.

Isto posto, não é responsável quando o ato danoso foi produzido diretamente por terceiro, salvo, em caso de culpa concorrente.

²² Sobre isto, Celso Antonio MELLO (2001, p. 499) ressalta a importância do estudo do fenômeno das concausas, isto é, precisa-se examinar se a culpa da vítima constitui a causa fundamental do dano, ou se, por algum modo, ainda subsiste o nexocausal com a ação do agente estatal.

²³ Nosso ordenamento jurídico constitucional acolheu a teoria do risco administrativo, que só exige, para configura a responsabilidade do Estado, a existência do dano e do nexocausalidade, embora permita seja feita a prova da culpa da vítima para atenuar ou elidir a responsabilidade da administração (STJ, 1 Turma, 8.5.91. Revista do STJ 22-386).

Já com relação a circunstâncias envolvendo multidão, deve ser comprovada que a administração pública agiu com comprovada omissão na prestação do serviço, para assim, vincular responsabilidade.²⁴

1.5.3.4 Caso Fortuito e Força Maior

Para José Carlos OLIVEIRA (1995, p. 42-43), enquanto a força maior é o evento decorrente de uma causa conhecida, proveniente de eventos da natureza, imprevisível, irresistível e inevitável pela vontade do homem, o caso fortuito refere-se a acidente de causa conhecida, é fato caracterizado pela imprevisibilidade e não evitabilidade, esta última, é condição objetiva e fundamental para caracterizá-lo.

E completa ALVES (2001, p. 139-140), em se tratando de caso fortuito ou de força maior, ambos também pré-excluem a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos; quando apesar de tomadas as medidas preventivas (como por exemplo a construção de galerias pluviais) para evitar danos decorrentes de eventos naturais as tempestades, os vendavais, chuvas torrenciais e outros.

Em suma, extrai e podemos deduzir que²⁵: a) quando os danos são provocados por acontecimentos inevitáveis, como tempestades, inundações e deslizamentos, poderão ocorrer a responsabilidade do Estado, desde que fique comprovado que foi omissivo ou teve atuação deficiente, não realizando corretamente um serviço que poderia evitar o prejuízo²⁶; b) já, quando pela ocorrência dos mesmos eventos, nenhuma participação teve o Estado na eclosão do resultado danoso, não lhe pode ser imputada omissão ou atuação deficiente, inexistente o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade.²⁷

²⁴ O Estado não responde civilmente por multidão, a não ser que se prove ter havido de sua parte omissão ou falta de diligência (TJSP, 6 T, RT 251-299); Comprovando que as causas do evento danoso decorreram de omissão de quem deveria providenciar as condições de segurança necessárias, indeclinável é sua obrigação de indenizar (TJSP 4 C, Rel Olavo Silveira, RT 607-55)

²⁵ Neste sentido, o trabalho de doutoramento de nosso Professor Doutor José Carlos Oliveira. Responsabilidade patrimonial do Estado – danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos. São Paulo. Edipro, 1995.

²⁶ Caso fortuito, temporal comum, cujo único dano consiste em causar a queda de poste de rede elétrica em mau estado, não constitui caso fortuito. Previsibilidade desse tipo de interpérie, cujas eventuais consequências são perfeitamente e ordinariamente evitáveis. TJRS, 2C, Cível Esp. 17 7 75, RJTRS 58-215.

²⁷ Ato ilícito – danos resultantes de enchentes ocasionadas por chuva – ausência de culpa da prefeitura municipal – improcedência da ação. TJSP 2C, 25 09 79, RJTJSP 61-92.

1.5.3.5 Estado de Necessidade, Legítima Defesa, Vício da Própria Coisa (ou Cláusula de Irresponsabilidade) e Prescrição

Além destes casos, não estará o Estado obrigado a indenizar nas hipóteses de estado de necessidade, legítima defesa, vício da própria coisa e prescrição, bem como nos casos de cláusula de irresponsabilidade.

Tratam-se pois, de excludentes que trazem a prevalência do interesse geral sobre os direitos particulares, e não vinculam responsabilidades mesmo patentes todos os elementos caracterizadores da responsabilidade estatal.²⁸

Assim, o estado de necessidade configura-se como a única causa de exclusão que não rompe o nexo causal; visto que nessa escusativa o ato seria ordinariamente ilícito, mas ele é justificado pela lei, que o exclui do dever de indenizar. Exemplos comuns são as situações de guerra, convulsão social, em que são causados prejuízos a indivíduos em nome da proteção da sociedade, razão de se afastar o nexo de causalidade. Evidente que o prejuízo a vítima deve ser o menor possível, mesmo no estado de necessidade, contudo, o Estado acaba respondendo no caso de demonstração de culpa.

Em relação a legítima defesa, acaba por não gerar responsabilidade do Estado, visto que, em caso de dano causado pelo agente, e comprovada a defesa legítima, demonstrada está a culpa exclusiva da vítima no evento danoso.

DIAS (1973, p. 312-313) indica que, com relação aos institutos do vício próprio da coisa e a prescrição, também estes são considerados como causas de exclusão da responsabilidade do Estado. O vício próprio da coisa ocorre em matéria de transportes de mercadorias, em que se costuma exonerar o responsável em face da deterioração daquela por vício próprio ou em consequência de sua natureza peculiar; freqüentemente convencionada como cláusula de irresponsabilidade, tal circunstância é na verdade, indicador de exoneração, podendo pois invocá-lo independente de convenção.

Referente à prescrição, na ação reparatória podem ocorrer prazos mais curtos do que previstos regularmente, desde que expressamente estabelecidos em lei. Uma vez prescrita, não há de se falar em ação de reparação.

²⁸ Importante ressaltar que não há de se falar em estado de necessidade na conduta de quem tenha o dever de enfrentar o perigo; assim, não havendo a possibilidade de excludente de ilicitude penal, ainda que praticado o fato para salvar perigo não provocado pelo agente público, subsistirá sempre o dever indenizatório por parte do Estado pelos danos causados a terceiros que também não deram causa ao perigo. Também quanto às excludentes de ilicitude penal do exercício regular de um direito e estrito cumprimento do dever legal, o seu reconhecimento judicial não afasta a responsabilidade do Estado.

1.6 A Responsabilidade do Estado no Ordenamento Jurídico Brasileiro

De início, importante ressaltar que a fundamentação legal da responsabilidade do Estado no Brasil, em solo pátrio, jamais acatou a teoria da irresponsabilidade, ainda que não houvesse à época dos fatos normas legais expressas que determinassem a responsabilização estatal pelos seus atos, tanto a jurisprudência como a doutrina trataram de afastar aquela antiga orientação.

Em seu artigo 178, n. 29, a Constituição Imperial de 1824 indicava que “[...] os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticadas no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis por seus subalternos.”²⁹, porém, nunca o fora interpretado gramaticalmente, haja vista, que sistematicamente havia leis ordinárias que previam a responsabilização do Estado de forma solidária ao agente público – sendo este o entendimento doutrinário e jurisprudencial da época.³⁰

Em 1916, com o advento do Código Civil, a teoria subjetiva é adotada como regra de nosso ordenamento, dispondo que “[...] as pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.” Era expresso a indicação da subjetividade da responsabilização, visto ser necessária a demonstração da culpa do funcionário para posterior responsabilidade do Estado – vinculando-se nossa legislação ao período civilista; porém, a má redação, chegou a levar vários doutrinadores a defender que neste, já havia abertura para responsabilidade objetiva.

O decreto lei 24.216 de 1934 (pouco antes da promulgação da Constituição daquele ano), excluiu qualquer responsabilidade do Estado quando o agente público agisse

²⁹ Texto repetido no artigo 82 da Constituição de 1891.

³⁰ Exemplos de legislação infraconstitucional que podem ser citados, segundo Amaro CAVALCANTI (1957, t. 2, p. 614): Decreto 1930/1857 responsabilidade da empresa de estradas de ferro pelos danos causados por seus funcionários; artigo 552 do Decreto 1663/1894 e artigos 538 e seguintes do Decreto 4053/1901 (responsabilidade da Repartição Geral dos Telégrafos acerca dos danos causados a proprietários de imóveis quando da colocação das linhas); artigo 8º do Decreto 1692-A/1894 e artigo 6º do Decreto 2230/1896 (responsabilidade da União pelos prejuízos causados pelo Correio a seus usuários); artigos 246-250 da Consolidação das Leis das alfândegas e mesas de rendas (responsabilidade subsidiária da alfândega pelos prejuízos causados em razão de danificação ou extravio de mercadorias); §2º do artigo 86 do Código Penal de 1890 e artigo 84 da Lei 221 de 1894 (responsabilidade do Estado e direito de regresso em caso de declaração de inocência em sede de revisão criminal, após ter sido condenado). Além disto, a Lei 221 de 1894 estabelecia a competência dos juízes e tribunais federais para julgar demandas cujo objeto fosse a lesão a direitos por atos ou decisões administrativas da União.

de forma criminosa, devendo este ser responsabilizado pessoalmente pelos danos causados.³¹

A Constituição de 1934 – bem como a de 1937 – trouxeram a previsão da responsabilidade solidária do Estado público ao indicar, em seu artigo 158 que “[...] 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.” Mantendo-se contudo, a responsabilidade subjetiva (agora porém, sob égide das teorias publicistas).

Fora com a promulgação da Constituição Federal de 1946 que a responsabilidade objetiva foi introduzida na normatividade brasileira. Assim preceituava o artigo 194: “As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.”; e no parágrafo único “[...] caber-lhe-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

Tal preceito fora repetido em todos os demais diplomas legais constitucionais, notadamente a Carta de 1967, sendo por esta adicionado no parágrafo único que a ação regressiva, movida pela administração pública contra funcionário, caberia no caso de culpa ou dolo do mesmo.

O revogado Código de Processo Civil de 1939, no artigo 121, consagrou a responsabilidade civil do juiz, cujo princípio foi mantido pelo atual estatuto vigente (1973) em seu artigo 133, incisos e parágrafo único, nas hipóteses de dolo ou culpa; também a Lei Complementar 35, de 1979, Lei Orgânica da Magistratura Nacional, reproduziu, com pequena alteração de redação o texto processual (artigo 49). E ainda, o Código de Processo Penal (1941) estabeleceu, no artigo 530, justa indenização, a requerimento do interessado, como resultado necessário e imediato da proclamação da inocência, no caso de revisão criminal.

Finalmente a Constituição de 1988, em seu artigo 37, §6º determina que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a

³¹ “Artigo 1º - A União Federal, o Estado ou o Município não respondem civilmente pelos atos criminosos dos seus representantes, funcionários ou prepostos, ainda quando praticados no exercício do cargo, função ou desempenho de seus serviços, salvo se neles forem mantidos após a sua verificação.”

terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”³²

E por fim, o Código Civil de 2002, ainda que não tenha repetido a norma do artigo 15 do código anterior, determina no artigo 43 que “[...] as pessoas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito de regresso contra os causadores de dano, se houver, por parte destes, culpa ou dano.” Este dispositivo, ainda que indique pela responsabilidade, pode ser considerado ultrapassado uma vez que omite as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviço público.

1.6.1 Direito de Regresso

Como visto, o preceito constitucional de 1988 que regulamentou a responsabilidade extracontratual objetiva do Estado, impôs o dever de exercício do direito de regresso do ente público em face ao agente causador do dano, nos casos de comprovada culpa ou dolo. Após trânsito em julgado da sentença condenatória da Administração, tem esta o dever de regredir em face ao agente público, preenchidos os elementos da subjetividade. Para CAHALI (1995, p. 278):

[...] o teor da norma constitucional, o direito de regresso condiciona-se à comprovação de dolo ou culpa do servidor ou agente na verificação do evento danoso; mas o seu exercício, à evidência, tem como pressuposto lógico a satisfação do pagamento da condenação da vítima do prejuízo, seja pela Administração, seja pela empresa responsabilizada perante o autor da ação principal.

Trata-se, pois, de uma obrigatoriedade, por parte do ente público, acionar o agente faltoso; porém, o que se questiona é acerca da obrigatoriedade de denunciação da lide do agente causador, na forma do artigo 70, III do Código de Processo Civil; isto em nome da economia processual, pois neste caso, desde o início possibilitar-se-ia ao sujeito participar da discussão da lide, facultando-lhe a produção de provas em sua defesa.

³² Observe a extensão abarcada, incluindo-se na responsabilidade subsidiária do Estado também as demais pessoas de direito público auxiliares deste, bem como quaisquer outras, inclusive de direito privado, que inobstante alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegação explícitas (concessionários de serviço público e delegados de função pública) ou implícitas (sociedades mistas e empresas do Estado em geral, quando no desempenho de serviço público propriamente dito).

Sobre este tema a discussão encontra duas vertentes: a primeira, indica pela possibilidade da denunciação³³ – haja vista que procedente a denunciação e reconhecida a denunciação, possibilitaria a formação de um título executivo de regresso no mesmo processo e na mesma sentença³⁴; enquanto a segunda, nega esta possibilidade isto que a lide secundária ampliaria o objeto da controvérsia, trazendo prejuízos ao autor da demanda.³⁵

Importante ainda salientar pela impossibilidade do funcionário ser diretamente acionado, quando o lesado fundar-se somente nonexo causal e na comprovação do dano; haja vista que o agente público responde apenas subjetivamente.

As divergências acerca do tema serão melhor tratadas quando do estudo da responsabilidade civil por atos jurisdicionais no ordenamento pátrio, especificamente nos apontamentos da Constituição Federal.

1.6.2 Os Atos que Importam em Responsabilização do Estado Brasileiro

Por fim, cabe-nos uma análise acerca das espécies de comportamento do Estado que importam em responsabilização. Dentre as várias teorias apontadas, optou o legislador

³³ Vertente em que a majoritária jurisprudência vem se pronunciando: neste sentido “Responsabilidade Civil do Estado – Denunciação à Lide – Direito Regressivo – Hipótese de cabimento – CPC, artigo 70 III do CPC – CF artigo 37, p 6. I – Acionado o Estado para indenizar dano causado por funcionário de seus quadros, estará este obrigado a responder, via ação regressiva, pelo prejuízo provocado, se configurado dolo ou culpa. II - É admissível a denunciação da lide, na hipótese do artigo 70, III CPC, quando o litisdenunciado estiver obrigado por lei ou contrato, a indenizar o litisdenunciante, em ação regressiva. Precedentes (STJ Resp 37215-1 SP – 1T. Rel Min Demócrito Reinaldo, DJU 25 03 1994); Responsabilidade Civil do Estado – Legitimidade Passiva *Ad Causam* – nulidade dos atos processuais a partir da citação do denunciado considerada nula, é patente a responsabilidade do Estado por ato de seu funcionário, policial civil, lotado em departamento de SP, que, mesmo em veículo particular, com familiares, ao perseguir supostos ofensivos transgressores das normas de trânsito, desfere tiro a esmo, atingindo transeunte na calçada. A exclusão da denunciação da lide, na sentença, do causador do dano, exclui o direito de regresso assegurado ao Estado e consagrado no texto constitucional. (TJSC – AC 37324 – 2C – Rel. Des José Bonifácio – 03 09 1992, RJ 187/85); Responsabilidade civil do Estado – Denunciação da lide ao funcionário causador do dano. Procedimento recomendável para que aquele integre desde logo a lide, apresente sua resposta, produza prova e acompanhe toda a tramitação do processo. Possibilidade de regresso da Administração, garantido constitucionalmente, ser declarado nos próprios autos, caso comprovada a culpa do denunciado (1T, do STJ, Resp 594 RS, v um, em 7 11 90, Rel Ministro Garcia Vieira, RG 667/172).

³⁴ Ressaltando-se que é impossível a condenação solidária do denunciante e do denunciado a compor os prejuízos reclamados pelo autor, ou desprezando o denunciante, condenar diretamente o denunciado a ressarcir o dano provocado.

³⁵ Neste sentido Celso Antonio MELLO (2001, p. 496) aponta pela impossibilidade de se mesclar responsabilidade objetiva – a do Estado, com elementos peculiares à responsabilidade subjetiva do funcionário, visto que haveria prejuízos para o autor devido ao estabelecimento de um outro conflito intersubjetivo de interesses, dificultado a solução da ação. Ainda sobre o tema, o STF, através da 2ª Turma, já teve ocasião de proclamar no RE 95091-5-RJ que a ação de indenização, fundada em responsabilidade objetiva do Estado, por ato do funcionário (artigo 107 e parágrafo único) não comporta obrigatória denunciação a este, na forma do artigo 70, III do CPC para apuração de culpa, desnecessária à satisfação do prejudicado (RT 576/265).

brasileiro conforme visto, sob inteligência do artigo 37, §6º da Constituição Federal, pela responsabilidade extracontratual lastreada na objetividade da conduta lesiva a terceiros. Para que não haja quaisquer dúvidas acerca das modalidades lesivas que importem em responsabilidade, os atos do Estado devem ser divididos em duas categorias, isto é, as vinculadas aos atos comissivos lícitos e ilícitos, e a dos atos omissivos.

1.6.2.1 Responsabilidade por Atos Comissivos Lícitos e Ilícitos

Plenamente demonstrado está que toda e qualquer ação estatal que importe em reais sacrifícios ao patrimônio ou direito de terceiros deverá, obrigatoriamente, ser indenizada pelo Estado. Desta forma, toda vez que o Estado agir licitamente em busca da realização de seus deveres, e acaba por gerar danos a um bem jurídico tutelado de terceiros deverá, na aplicação do princípio da igualdade, reparar o prejuízo sofrido.

Para FIGUEIREDO (2000, p. 261):

[...] doutra parte, se a Administração, ao dar cumprimento a suas funções, ao exercer, de conseguinte, suas competências-deveres, lesar o administrado, também responderá por ato lícito, sob o fundamento do princípio da igualdade (se todos são iguais perante a lei, também devem ser no tocantes às cargas públicas).

Assim, se toda a coletividade se beneficia do ato estatal por ela própria consentida, também deverá arcar com os eventuais danos que estes possam vir a provocar.

Isto posto, não há de se restar dúvidas, ao interpretarmos de maneira sistêmica o preceito constitucional indicado no artigo 37, §6º, que em face ao princípio da igualdade, em aplicação a teoria objetiva, que há responsabilização estatal quando da atuação positiva do Estado por comportamentos lícitos.

Da mesma forma os atos comissivos ilícitos praticados pelo Estado importarão em dever de reparação do dano sofrido por terceiro. Porém, a discussão se dá se nestes casos também há aplicação da teoria objetiva de responsabilidade extracontratual.

Para tal elucidação, amparamo-nos no princípio da isonomia, e nos ensina Celso Antonio MELLO (2001, p. 817):

[...] deveras, se a conduta legítima produtora de dano enseja responsabilidade objetiva, por óbvio deverá ensejá-la a conduta ilegítima causadora de lesão jurídica. É que tanto numa como noutra hipótese o administrado não tem como se evadir à ação estatal. Fica à sua mercê, sujeito a um poder que investe sobre uma situação juridicamente protegida e a agrava.

Assim, em ambas as espécies de condutas comissivas, a doutrina brasileira adotou a teoria da responsabilidade objetiva, bastando dizer que a mera relação de causalidade entre o agir do Estado e o dano suportado indevidamente por administrados é suficiente para que nasça o direito ao ressarcimento.

1.6.2.2 Responsabilidade por Atos Omissivos

Em se tratando de ações positivas, é pacífico na doutrina e jurisprudência nacional o viés de responsabilidade objetiva estatal; o mesmo não podendo se dizer em relação a atos omissivos do Estado.

Mesmo sendo indubitável o caráter predominantemente objetivo da norma contida no artigo 37, §6º da Constituição Federal, não há de se afastar do citado preceito a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, na modalidade falta do serviço, quando estivermos diante de casos de omissão do Poder Público.³⁶

No caso em estudo, o Estado não atua positivamente, e portanto não há como adequar a responsabilidade com base na teoria do risco-proveito, uma vez que é de se averiguar, em momento anterior ao da própria responsabilização, se havia dever legal imposto ao Estado, no sentido de agir em dada situação.

De acordo com Celso Antonio MELLO (2001, p. 819), para que haja possibilidade de responsabilização em face de atos omissivos do Estado, é necessário haver dever jurídico impondo ao mesmo que se faça presente em dada situação, pois, caso contrário, estaríamos extraindo um dever indenizatório do nada, não havendo qualquer fundamento jurídico para tal. É razoável que venha a responder somente quando estava obrigado por direito a impedir eventual dano oriundo de sua omissão.

E melhor fundamenta Oswaldo MELLO (1974, p. 482) apontando para adoção da responsabilidade subjetiva por *faute du service*, indicando que destarte, a responsabilidade do

³⁶ Neste sentido MELLO, C.A.B. (2001, p. 837); MELLO, O.A.B. (1974, p. 487); e FIGUEIREDO (2000, p. 255).

descumprimento da lei, que deixou de ser obedecida na conformidade do seu comando. Em se desviando a prestação do serviço do regime legal a ele imposto, deixando de prestá-lo ou prestando com atraso ou de modo ineficiente, por falha na sua organização, verifica-se a responsabilidade da pessoa jurídica, e portanto, do Estado, que então, deve compor o dano conseqüente dessa falta administrativa, desse acidente quanto à realização do serviço. Mas repita-se, responsabilidade com base na culpa.

Embora haja divergências, como por exemplo notada na sabedoria de MEIRELLES (1995, p. 535): “[...] o artigo 37, §6º d CF seguiu a linha traçada nas constituições anteriores, e, abandonando a privatística teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina do Direito Público e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo.”, entendemos que no caso de omissão, deverá ser demonstrada a culpa administrativa do Estado para vínculo indenizatório; caso contrário feriríamos o princípio da razoabilidade.

CAPÍTULO 2 O MAGISTRADO

Segundo ensinamento de DELGADO (1986, p. 37), o juiz é o órgão estatal da relação processual, o sujeito que atua como figura central do processo. Ao dirigir este, ele assume deveres que lhe são inerentes não obstante a representatividade de poder que possui. Desenvolve em função que visa alcançar um fim. Citando Pontes de Miranda, indica que esta função pode ser delimitada em dois aspectos: a) realizar o direito subjetivo, isto é, quando a lei que incidiu num caso concreto não foi aplicada, aplicá-la para que incidência e aplicação coincidam; b) dirimir as contendas, que perturbariam a ordem social e levariam para o campo da força bruta as soluções das divergências entre indivíduos ou entre indivíduos e grupos, ou entre grupos.

Para COUTINHO (1996, p. 132-133), o papel do juiz no Estado moderno tem se revelado de suma importância para a concretização dos direitos e garantias fundamentais e para a implementação do Estado Democrático de Direito.

A descrença do Poder Judiciário é cada dia mais evidente, haja vista que em face a tamanha complexidade nas relações sociais, a demanda pela justiça cresce de maneira geométrica, não sendo esta acompanhada pela organização do judiciário.

Diante de tal catastrófica realidade, é evidente a necessidade de um maior engajamento por parte dos Juízes no sentido de assumir a responsabilidade social, inerente aos seus cargos, rompendo assim a aparente o conservacionismo e a aparente neutralidade, sob pena de completo esvaziamento de sua autoridade e de seu poder estatal de ordenação social.³⁷

O ideal seria que a máquina judiciária, e mais importante, a visão humanística do magistrado, evoluíssem consoantes ao desenvolvimento das sociedades que se inserem, contudo, não é isto que se percebe.

Desta forma, segundo DELGADO (1986, p. 37), o Estado impõe que o desenvolvimento da justiça se faça de modo que a atuação da lei contribua para restabelecer a paz social perturbada por divergência nascida entre os litigantes. Necessário, portanto, que as partes não joguem livremente e que o juiz, no comando da atividade jurisdicional, não se

³⁷ Sobre o tema CENEVIVA (1994, p. 36): “[...] outro grave problema da Magistratura que leva, muitas vezes, a se comportar de modo incompatível com a nobreza da função é o distanciamento social. Quantas vezes a gente observa que o juiz se comporta como se fosse um ser extraterreno, alheio ao ambiente no qual ele vive, ao seu entorno social. O juiz para mostrar imparcialidade, alheio aos problemas do meio ao qual pertence, matém atitude distante, recusando contato com os seus jurisdicionados [...] o distanciamento social termina provocando na sociedade uma impressão negativa.”

afaste do objetivo estatal. Para tanto, os meios a serem utilizados para se verificar qual dos contendores estão com a razão, não podem ficar ao livre querer do juiz. Este, para bem desempenhar as suas funções, é investido de poderes, assume deveres e tem responsabilidades de ordem disciplinar, civil e penal.

2.1 O Magistrado Como Agente Público do Estado Brasileiro

2.1.1 Jurisdição Como Serviço Público

Segundo Celso Antonio MELLO (2001, p. 597) serviço público é:

[...] toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativa de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como propósito no sistema normativo.

Inserem-no, no conceito de funcionário público, todos aqueles que, embora transitoriamente e sem remuneração, venham a exercer cargo, emprego ou função pública, ou seja, todos aqueles que, de qualquer forma, exerçam-na, tendo em vista a aplicação do conceito de funcionário público para fins penais.

CRETELLA JÚNIOR (1970b, p. 408-409), em seu Tratado, corroborando com o entendimento, leciona que serviço público é: “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para satisfação do interesse público, mediante procedimento de direito público [...]” e citando Enrico Presutti, continua indicando que todo serviço administrativo é: “um serviço público, se bem que a recíproca não seja verdadeira, assim, a função jurisdicional constituiu serviço público, mas de modo algum, serviço administrativo.”

Importante o voto do Ministro Aliomar Balleiro acerca do assunto, ao indicar que o “Estado tem o dever de manter uma Justiça que funcione tão bem como o serviço de luz, de

política, de limpeza ou qualquer outro. O serviço da Justiça é, portanto, um serviço público como qualquer outro”³⁸

De forma brilhante Afonso SILVA (2001, p. 119), esclarece que:

[...] efetivamente, aceito que o Estado, no desempenho da função jurisdicional, desenvolve um serviço público – o que temos por irrecusável e óbvio – depreende-se que o Estado-Jurisdição é tão responsável pelos seus atos lesivos, quanto o é, no respeitante aos seus o Estado-Administração. Realmente, todo o serviço público implica na idéia de responsabilidade de quem o executa, em qualquer modalidade, em face da jurisdicização da atividade estatal e da submissão do Estado ao Direito, nos moldes do constitucionalismo subsequente a Revolução Francesa.

E para a juíza COUTINHO (1996, p. 134-135):

[...] os servidores públicos englobam todos os sujeitos que mantêm vínculo de dependência e de natureza profissional com o Estado e suas entidades da administração direta e indireta. Ocupam pois, cargos públicos, criados e remunerados pelos entes estatais. Destarte, os juízes estão englobados na categoria de servidores públicos, são investidos de cargo e prestam serviço jurisdicional, de natureza profissional; sem vinculação ao poder de natureza política de ente estatal a que estão ligados.

Nota-se portanto, por corolário, que a atividade jurisdicional é um serviço público – como outro qualquer, e o juiz é um servidor público. Sendo o Estado responsável pelos atos de seus agentes, deverá indenizar os administrados que vierem a sofrer lesão frente a decisões advindas do Judiciário.

2.1.2 O Agente Público Magistrado Enquanto Servidor Público

Acerca do enquadramento dos magistrados enquanto agentes públicos ou políticos, é válida a lição de MEIRELLES (1995, p. 46), ao indicar, a priori, que:

[...] a expressão funcionário público empregado pelo legislador constituinte, é imprópria, pois o correto seria servidor público ou agente público, em sentido genérico, abrangente de todas as categorias dos que servem à

³⁸ RTJ 64/714 e RDA 114/325 apud PANTALEÃO; MARCOCHI (2004, p. 1).

Administração Pública centralizada e descentralizada, como funcionários ou simples prepostos eventuais. Não obstante a impropriedade do termo, entende-se por funcionário público, para fins da responsabilidade civil, qualquer pessoa investida em função pública, seja qual for a forma de investigação ou a natureza da função.³⁹

Concordando com seu posicionamento ARAÚJO (1981, p. 51) complementa “[...] assim, o magistrado ao exercer sua função em geral, estará desempenhando atividade pertinente à competência privativa do Estado de aplicar contenciosamente a lei a casos particulares, além das atividades administrativas que exerce. É, portanto agente público.” E para melhor embasar seu posicionamento, vincula a própria subsistência do juiz a atividade estatal desempenhada:

[...] ele nada recebe das partes diretamente ou indiretamente para realização da prestação jurisdicional, mas ao contrário, a tanto é proibido (artigo 114, II da CF), não podendo ainda acumular com seu cargo judiciário outros cargos ou funções a não ser um cargo de magistério superior. Recebe, então, do Estado vencimentos (artigo 98) que só são modificável de acordo com vontade unilateral do Poder Público (aumentos do funcionalismo), vencimentos esses que, pelo menos não vigência da CF são irredutíveis; Além do mais, o valor desses vencimentos independe do número de processos que o magistrado julga, do número de decisões que profere. Realmente, decidindo ou despachando uma ou trezentas mil questões, os mesmos vencimentos receberá, satisfeitas as condições estatutárias.

Para DI PIETRO (1999, p. 306),

[...] a participação do judiciário em decisões políticas praticamente inexistente, pois sua função se restringe quase exclusivamente, à atividade Jurisdicional, sem grande poder de influência na atuação política do Governo. O mesmo se diga dos membros do Ministério Público e dos Ministros dos Tribunais de Contas.⁴⁰

³⁹ Para Celso Antonio MELLO (2001, p. 123) os agentes públicos são pessoas físicas que servem, contínua ou periodicamente, ao poder público e atuam como instrumentos de sua atividade. São, pois, classificados em: agentes políticos, servidores públicos, e particulares em colaboração com o poder público. No seu entendimento, os magistrados enquadram-se na categoria de servidores públicos.

⁴⁰ COUTINHO (1996, p. 135-138) não compactua com tal entendimento, indicando que a restrição do juiz à condição de funcionário, carreirista e legalista, sem capacidade criadora ou inovadora, apegado aos ditames do positivismo jurídico, não pode afastar seu viés político (não no sentido partidário, e sim de engajamento social). Desta forma, entende ser o magistrado, antes de tudo, um agente político – concentrando poder e autoridade para aplicar os princípios constitucionais em prol da justiça social; e mais, citando Luiz Flávio Gomes indica ser a função jurisdicional uma atividade política porque faz parte do exercício do Poder do Estado, no governo da cidade. A independência e o prestígio da autoridade judicial são as chaves do Estado de Direito e sua atuação na sociedade configura um ato político social.

Corroborando com seu entendimento, Celso Antonio MELLO (2001, p. 123) indica que a característica dos agentes políticos é o vínculo de natureza política que os une à cúpula do Estado. São cidadãos eleitos pelo povo para conduzir os destinos da nação.⁴¹

E finaliza CRETELA JUNIOR (1970b, p. 420), em seu Tratado administrativo,

[...] não seriam portanto, funcionários públicos propriamente ditos, agentes políticos ou governantes diretos, não só pela nota política que a função ocupada revela, como porque, embora exerçam cargos públicos, as suas funções são transitoriamente desempenhadas e não se incorporam eles aos quadros regulares e permanentes.

2.2 O Exercício da Atividade Jurisdicional da Magistratura

Como já visto, nos dias atuais, a jurisdição é monopólio estatal. Conforme ensinamento de SERRANO JÚNIOR (1996, p. 103):

[...] em determinado momento da evolução histórica, o Estado monopolizou o exercício da jurisdição, proibindo os particulares de fazerem justiça com as próprias mãos. Naquele momento, estabeleceu o direito de ação e outorgou-o ao cidadão. Em contrapartida, surge o dever de jurisdição, a ser prestado pelo Estado.

Assim, o Poder Judiciário exerce a função monopolizada e típica de aplicar a lei ao caso concreto; sendo os juízes – agentes investigados, agindo em nome do Estado – os responsáveis pela solução de conflitos, encarregados assim de dizer o direito.

Sendo pois a jurisdição função essencial do Estado Democrática de Direito, para sua efetiva consubstanciação, exige-se um aparato especial, e nas palavras de CANOTILHO (1993, p. 371-373):

[...] é por essa razão que os juízes devem ser admitidos por concurso público de provas e títulos, não podem exercer outra função, exceto o magistério, sendo-lhes vedado receber participações no processo e dedicarem-se à atividade político-partidária; eis que, de uma forma ou de outra, poderiam estar umbilicalmente

⁴¹ Não há de se referir ao Juiz como agente político, uma vez que sua investidura ao cargo dá-se através de rigoroso sistema de seleção composto de diversas formas de prova. Seu cargo não é eletivo e nem de confiança, o que exclui qualquer semelhança com agente político. Assim sendo, trata-se de um vínculo de natureza empregatícia, com remuneração paga pelos cofres públicos e todas as demais garantias individuais para o exercício de suas funções, tais condições, o enquadra na categoria de Servidor Público, que está inserida dentro da concepção de agente público.

ligado a um órgão, entidade ou pessoa, prejudicando o exercício da sua tarefa de julgar, a qual, por segurança jurídica, requer dedicação exclusiva, irradiando confiança no labor jurisdicional perante toda a coletividade.

É assim, no exercício da magistratura que se preconiza a função jurisdicional. É o juiz que tem o encargo de exercer concretamente esta função. Para LOPES (1995, p. 25,34)

[...] é ele quem dá movimento ao Poder Judiciário, exteriorizando a prestação jurisdicional, razão pela qual deve ter consciência da importância da atribuição que lhe é confiada, não podendo olvidar de seus deveres [e continua] no juiz o fazer justiça é alvo, a tarefa, a missão, o sacerdócio. O juiz existe para isso. É o órgão específico mediante o qual exercita o Estado uma de suas funções essenciais – a função jurisdicional.

2.2.1 Garantias e prerrogativas do Juiz

Não se pode confundir garantias da magistratura (e não propriamente do magistrado) com privilégios do indivíduo que veste a toga, quando tais garantias são dirigidas a preservar a isenção no ditar a Justiça e o Direito. Garantias estas, inclusive, que devem ser prestadas além da atividade do Juiz, sob pena de termos magistrados que ao final da carreira passem a buscar os meios para que suas condições de vida e de sua família, muitas vezes privada de sua presença diuturna, e se descuide seja com a tutela que caiba proferir, seja mesmo com a isenção que deve possuir.

Frente à necessidade de exercício da magistratura com profissionalismo e responsabilidade por parte dos juizes, as prerrogativas devem ser encaradas como indispensáveis para o para a própria jurisdição. Para NANNI (1999, p. 16) sem qualquer rastro de dúvidas, o juiz possui garantias especiais e prerrogativas que timbram o seu labor jurisdicional, especialmente a independência, a autonomia e a liberdade de julgar, razão pela qual o estudo de sua responsabilidade civil merece uma parcimônia apurada, para que não sejam rasgados estes atributos.

Para ZAFFARONI (1995, p. 87) a independência do juiz, ao revés, é a que importa a garantia do magistrado não está submetido às pressões de poderes externos à própria magistratura, mas também implica a segurança de que o juiz não sofrerá as pressões dos órgãos colegiados da própria judicatura. Encara, assim, a independência como preceito

essencial ao exercício da atividade jurisdicional, ao lado da autonomia e imparcialidade; que para além de um manto pessoal sobre os magistrados, são antes garantias à própria sociedade.

Nesta mesma linha MONTERO AROCA (1990, p. 118-123) enumera os caracteres da independência pessoal dos juízes, emanados a partir do texto constitucional:

a) a subsunção exclusiva ao império da lei, sendo esta não no sentido de que a independência tem um limite na lei, mas que a submissão à lei seja uma exceção à independência; b) não submissão a normas contrárias a lei, pois os juizes não só tem o controle do poder, eis que ademais não se encontram vinculados pelas normas emanadas desse poder que sejam contrárias à lei, mas todavia, são obrigados a não aplicar os regramentos ou quaisquer outras disposições contrárias à Constituição, à lei ou princípio da hierarquia normativa; c) não submissão aos tribunais superiores, pois mesmo sendo um funcionário que atua de acordo com o princípio da hierarquia, o juiz ao aplicar a lei não tem superiores, exercitando o poder jurisdicional sem que haja superior ou inferior, sem que haja hierarquia, pois cada juiz ou tribunal tem sua competência dentro dela exerce seu poder somente vinculado à lei; d) não submissão a entidade alguma, pois todos são obrigados a respeitar a independência dos juízes e magistrado [e continua indicando que três requisitos são essenciais para que se possa falar em uma verdadeira autonomia, sendo eles] 1 – existência de órgãos específicos, não-dependentes de outros poderes, que são os juizados e os tribunais; 2 – a criação de um órgão de governo próprio, desvinculados de outros poderes, impedindo a ingerência do Poder Executivo na carreira judicial, nos juizados e tribunais, é imprescindível estabelecer um órgão de governo específico do Poder Judiciário; 3 – Atribuição aos juizados e tribunais de poder específico, jurisdicional, com exclusividade.

Para finalizar, diferenciando independência de autonomia, indica que enquanto a primeira diz respeito à pessoa dos juízes e magistrados, a segunda inclina-se ao Poder Judiciário, e é um problema institucional, e atende ao conjunto dos juízes frente aos demais poderes.

É certo que quanto maior o grau de independência dos magistrados, mais próximo estaremos da realização dos ideais de Justiça, basilares de um Estado Democrático de Direito. Tal prerrogativa não pode ser de forma alguma encarada como um privilégio de uma classe restrita (juízes), mas sim, tem caráter bem distinto, tratando-se pois de um valor extremado para própria efetividade da jurisdição.

Com relação a imparcialidade, manifesta-se SANTOS (1990, p. 335-336), ao indicar que:

[...] inseparável da figura do juiz é o seu caráter de órgão imparcial. Situado entre e acima das partes, condição primeira é que o juiz exerça atividades em relação processual com integral e manifesta imparcialidade. Pressuposto, pois, da relação processual é a imparcialidade do juiz. Nesse sentido se diz que o órgão judicante deve ser subjetivamente capaz.

NANNI (1999, p. 92), com relação as prerrogativas que gozam os magistrados, defende que mesmo com a independência, autonomia e imparcialidade, não há de se sustentar a irresponsabilidade dos juízes – uma vez que esta é restrita, mas não ilimitada. A medida em que se agiganta o poder em suas mãos, a responsabilidade cresce na mesma proporção; e finaliza indicando que “[...] possuindo plena independência, imparcialidade e autonomia para julgar, os juízes, na forma da lei, devem ser responsabilizados pelos danos que causarem, pois independência tem como contrapeso a responsabilidade.”

As garantias são elencadas em vários diplomas, com destaque, primeiramente a Constituição Federal, que em relação ao Poder Judiciário afirma seu autogoverno, autonomia administrativa e financeira (artigo 99). Em relação aos magistrados, são assegurados conforme previsão no artigo 95 I a III a vitaliciedade (após dois anos de exercício; salvo sentença transitada em julgado); a inamovibilidade que consiste na garantia do juiz de não ser removido ou promovido contra a sua vontade (exceto nos casos de interesse público, decidido por Tribunal Superior, através do voto de dois terços de seus membros); e a irredutibilidade de vencimentos. Em relação a estas há reprodução no artigo 25 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), nos artigos 26 a 32. Além destes, enumeram como prerrogativas: ser ouvido como testemunha em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade ou juiz de instância igual ou inferior; não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou Órgão Especial competente para julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável; ser recolhido em prisão especial; não estar sujeito a intimação ou a notificação para comparecimento, portar arma de defesa pessoal. Além disto, têm os juízes às prerrogativas dos títulos previstos no artigo 34, de Ministro, Desembargador e de Juiz.

Nota-se que constitucional ou organicamente reguladas, os magistrados possuem garantias e prerrogativas. Dada à função que exercem possuem, pois, conforme leciona NANNI (1999, p. 57),

[...] regime diferenciado dos demais agentes do Poder Público, razão pela qual podemos afirmar sem pestanejar, que os juízes [...] devem ter um regime de responsabilização compatível, o qual todavia não implica em imunidade, muito pelo contrário, já que as garantias especiais geram em contrapartida deveres especiais aos juízes.

2.2.2 Deveres e Ética do Juiz

O juiz, conforme indicado, em face a especial função que desempenha, tem a ele vinculado deveres e condutas éticas decorridas de seu exercício.

Dentre os deveres que podem ser indicados estão o de residir na sua própria comarca; o dever de publicidade das decisões e fundamentação, sob pena de nulidade; e o dever de motivação das decisões administrativas.

Destes, os que mais merecem destaques, é sem dúvida, os preconizados na Magna Carta, artigo 93: o dever legal de fundamentação das decisões judiciais, que, além de dever, trata-se de garantia dos jurisdicionados que, conhecendo a racionalidade e coerência da argumentação do juiz, permite às partes que recorram às instâncias superiores cientes do que levou à decisão. Conforme NOJIRI (2000, p. 65-66):

[...] existe uma inabalável conexão entre o princípio da publicidade e o que prescreve o dever de fundamentar as decisões judiciais. Apesar de este último possibilitar ao cidadão a efetiva participação no controle da juridicidade dos atos emanados do poder público, é a publicidade do ato decisório que torna efetiva a aplicação do enunciado no artigo 93, IX da CF, servindo como um instrumento de eficácia da regra que obriga a fundação das decisões [...] Num Estado Democrático de Direito não se concebe a figura de um exercente de função pública sem responsabilidade. Se nas comunidades contemporâneas o Estado torna-se cada vez mais presente junto à sociedade civil, indispensável a necessidade de controle de seus atos, que devem se pautar pelo princípio da responsabilidade estatal. Isso significa que o exercente da função pública – no nosso caso, o juiz, deve responder pelos seus atos motivando e dando publicidade e suas decisões. O princípio da responsabilidade estatal é, pois, verdadeiro corolário de um Estado Democrático de Direito.

Além destes, há tantos outros deveres, sendo que passaremos a traçar apenas os de maior relevância para o presente estudo⁴².

É ainda mais vasta a legislação que reza sobre o assunto em nosso ordenamento, destaque para Constituição Federal, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, o Código de Processo Civil e as Leis de Organização Judiciária.

Os deveres constitucionais já foram mencionados. Em relação aos previstos na LOMAN, basicamente estão descritos nos artigos 35 e 36, sendo que o primeiro traz como deveres: I – o de cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão as

⁴² Neste sentido leciona DELGADO (1986).

disposições legais e os atos de ofício; II – não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III – determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; IV – tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça; e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providências que reclame e possibilite solução de urgência; V – residir na sede da comarca, salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado; VI – comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término; VII – exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes; VIII – manter conduta irrepreensível na vida pública e particular; e o segundo indica as vedações aos magistrados de I – exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou cotista; II – exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração; III – manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

Já com relação ao diploma processual civil, que prevê os poderes e deveres nos artigos 125 a 132 em relação ao processo, destaque para o preceituado no artigo 125 que indica que a finalidade precípua do juiz é a prestação jurisdicional, devendo este dirigir o processo nesta direção, assegurando a igualdade de tratamento às partes, a rápida solução do litígio, prevenindo e reprimindo qualquer ato contrário à dignidade da justiça, sem recusa de decidir a obscuridade da lei, tendo portanto, o dever legal de decidir. No mesmo diploma legal há indicação do dever de obediência dos prazos impostos (artigo 189) sob pena de sanção disciplinar (artigo 198) e responsabilidade civil (artigo 133).

NANNI (1999, p. 162), indica que:

[...] a lei elenca os deveres básicos do juiz, de atuar ou de comportamento, sem entretanto esgota-los, por si só. A relevância da função jurisdicional cada vez mais destaca o novo papel que cabe ao juiz moderno no exercício de suas atividades, pautando por um modo de conduzir atrelado aos mais precípuos princípios de relacionamentos social e profissional, não exigido em outras áreas de atuação do Poder Público. As mazelas, o preciosismo, a vaidade, a prepotência, a arrogância são atribuições que não imperam, ou

pelo menos não devem imperar, no relacionamento do juiz com os demais sujeitos integrantes do processo, sejam as partes, os advogados, membros do Ministério Público, funcionários [...].

Em relação a questão ética, NALINI (1997, p. 9), “[...] se a postura ética deve ser preocupação permanente de cada profissional, a responsabilidade ética do Juiz é potencializada.” Para Afonso SILVA, 2001, p 243 “[...] isenção, imparcialidade, independência, probidade, espírito público, espírito de justiça, responsabilidade, fortaleza, crença nos valores absolutos da pessoa humana, respeito aos direito humanos, respeito aos direitos humanos e do cidadão.” representam o comportamento ético esperado dos juízes.

NALINI (1994, p. 8), em outro trabalho sobre ética dos juízes, preconiza que “[...] a ao integrar-se a uma carreira, o juiz assume o compromisso de se portar de acordo com inúmeras posturas disseminadas nos códigos, nos regimentos e nos comandos correcionais, adotando um estatuto ético não inteiramente codificado, mas não menos cogente.”

2.3 Responsabilidades

LASPRO, 2000, p 135, citando CAPPELLETTI leciona que em razão do exercício da atividade jurisdicional do Estado, diversas são as formas de responsabilidade, dependendo inclusive do ponto de partida da classificação. Assim, por exemplo, poder-se-ia de uma classificação geral em dois grandes grupos, dependendo do efeito responsável. Assim, teríamos os casos de responsabilidade do Estado e aqueles de responsabilidade do Juiz.

Segundo ensinamento de DALLARI, 1996, p 87

[...] o juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões, que muitas vezes afetam de modo extremamente grave a liberdade, a situação familiar, o patrimônio, a convivência na sociedade e toda uma gama de interesses fundamentais de uma ou de muitas pessoas. Essa legitimação deve ser permanentemente complementada pelo povo, o que só ocorre quando, segundo convicção predominante, os juízes estão cumprindo seu papel constitucional, protegendo eficazmente os direitos e decidindo com justiça. Essa legitimidade tem excepcional importância pelos efeitos políticos e sociais que podem ter as decisões judiciais.

Embora estando intimamente ligadas, entendemos de maneira mais clara individualizar pela natureza jurídica as espécies de responsabilidade, sendo que no tocante à

responsabilidade pessoal do magistrado, consideramos a responsabilidade política, a social e a jurídica⁴³, sendo esta dividida em penal, disciplinar e civil. Importante notar que essas classificações levam em consideração tão somente a natureza jurídica das conseqüências que poderão ser suportadas pelo juiz, em caso de praticar ato ou se omitir coibidos pelo sistema jurídico. Isso significa que, no mais das vezes, um único ato do juiz pode gerar defeitos classificáveis dentro das diversas espécies de responsabilidade, concomitantemente.

2.3.1 Política

Com relação a esta primeira forma de responsabilização, o juiz é questionado em sua atividade jurisdicional, exigindo que tenha um posicionamento político, não limitando a atividade de julgar a mera aplicação da lei, mas sim, que esta corresponda a uma vontade política a ser atingida. Numa concepção filosófica, o juiz contribui – em relação a esta responsabilidade – com os destinos que a sociedade e o Estado tomam.

Ainda sobre responsabilidade política, busca-se a possibilidade do controle dos juízes através outro órgão do Estado, que não tem natureza jurisdicional e julga a violação dos deveres funcionais, bem como o comportamento pessoal. Corresponde a uma necessidade de integrar os juízes – e a própria magistratura – ao Estado; que embora saibamos ser aquela parte integrante desta, costumam ser considerados um corpo separado.

De fato, muito embora a idéia de uma separação dos poderes de modo absoluta seja considerada ultrapassada, diante da doutrina dos freios e contrapesos, ocorre que, em nome da independência o Judiciário, e conseqüentemente os juízes, muitas vezes se insere em uma redoma, imunes ao controle dos demais poderes do Estado. Porém, a necessidade deste controle – e importante salientar, não no sentido de restringir a autonomia e independência, mas sim vislumbrando um maior engajamento político deste com a realidade social (não se confundido engajamento com “politicagem”) – cresce sobremaneira diante dos novos papéis assumidos pelos juízes, em especial no que se refere à sua discricionariedade e decisões fundadas em interpretações que têm escopo político. Assim, sempre que o juiz deixar a vontade política se sobrepor à legalidade, aí sim estará praticando ato que pode gerar a sua responsabilização.

⁴³ Os apontamentos recaem sobre os ensinamentos de LASPRO (2000, p. 135-170).

Dentre as formas de responsabilização política dos juízes, as mais conhecidas são a destituição, a não recondução e o impeachment.

A destituição nada mais é do que a perda do cargo por simples decisão de um órgão que não pertence à magistratura, mas sim, em geral ao Executivo. Neste caso, o juiz, em razão de atos ou condutas incompatíveis com a magistratura, pode perder o seu cargo por simples decisão de quem a ele o conduziu (esta forma pode ser aplicada em sistemas onde determinados juízes exercem a atividade por nomeação, não tendo garantia de vitaliciedade; como por exemplo, na estrutura judiciária inglesa).

Outra forma de controle político é a não recondução. Com efeito, determinados órgãos judicantes, em especial, as cortes constitucionais, são compostos por órgãos não vitalícios, ou seja, que exercem as atividades jurisdicionais por mandato. Nesses casos, a indicação, não poucas vezes, é feita de modo partidário entre os diversos órgãos do Estado. Assim, teremos um colegiado composto por juízes representantes do poder Executivo, Legislativo e também do Judiciário, com renovação depois de determinados períodos. Ora, sendo essas cortes normalmente política, é natural que o juiz que não correspondeu às expectativas do grupo que representava, ao final do seu mandato, não seja reconduzido ao cargo.

E finalmente, temos o impeachment, isto é, a possibilidade do juiz ser processado perante órgão não judicial (geralmente Legislativo) e que poderá destituí-lo por considerar inadequada a sua conduta pessoal, ou a forma como exerce a função jurisdicional, incompatíveis com a magistratura. Embora sendo muito menor o risco do que nos dois primeiros sistemas, também aqui a independência do juiz pode ser colocada em xeque diante da possibilidade de sofrer perseguições por motivos alheios à responsabilidade política propriamente dita.

Desta forma, conclui-se que, afora os casos de possibilidade de não recondução ao cargo, que efetivamente constituem uma forma efetiva de controle político dos juízes, as duas outras podem ser consideradas muito mais controles formais do que mecanismos eficazes de apuração de responsabilidade política dos juízes. Ainda assim, a não recondução é de restrita aplicação, vez que embora atingindo uma parte importante do Judiciário (Cortes Constitucionais em geral), é insignificante se comparada com a quantidade de outros órgãos julgadores que ficam à margem de qualquer controle político.

2.3.2 Social

Esta corresponde à forma de controle mais polêmica dos juízes e da magistratura, vez que consiste no dever de prestar contas, e eventualmente, sofrer sanções da própria sociedade. Nesse caso, ao contrário do que ocorre com a política, os juízes têm que prestar contas não a um órgão do Estado, mas sim, a própria população. É notável que esta forma é incompatível, em princípio, com a magistratura profissional, e com o próprio exercício da jurisdição, como atividade eminentemente técnica.

E é exatamente nesta questão que reside a grande polêmica, haja vista que em face a pressão popular teme-se que o juiz passe a decidir não mais aplicando a lei ao caso concreto, mas sim, com medo de desagradar a sociedade – ou parte dela responsável pela fiscalização, aja de forma a atender os anseios, ao arrepio do justo.

Dentre as formas de responsabilização social, a de maior repercussão é no que tange sistemas com dos Estados Unidos da América, onde a escolha dos juízes – em parte dos Estados – é feita por eleição direta da sociedade. O que tem se percebido, por consequência, é o afastamento dos magistrados da jurisdição, vinculando-se as necessidades das comunidades – e grupos – que os financiaram e elegeram.

Visando diminuir os efeitos negativos de tal sistema, há previsão de requisitos mínimos para os que desejam se candidatar; mas que para os críticos não resolve a questão, visto que nunca vão conduzir a sociedade da mesma forma que seria conduzida por juízes investidos a partir de concurso público – que via de regra, seleciona os melhores.

Isso não significa que o juiz não deve se submeter a qualquer espécie de controle por parte da sociedade, sendo certo que se existe uma vantagem no sistema eletivo de juízes, reside no fato de que a sua ligação com a sociedade é muito mais estreita do que a do juiz ordinário. A solução da questão está, sem dúvida, na existência desse liame, sem contudo, a consequente e indesejável sujeição.

No Brasil, o controle social é garantido a partir da obrigatoriedade constitucional da publicidade dos atos jurisdicionais. É assim que, seja através da mídia de massa, revistas especializadas, comentários de profissionais gabaritados, a judicatura presta contas a sociedade do trabalho que vem desempenhando. Nestes casos, o juiz estará prestando contas sem correr o risco de sofrer perseguições diretas, caso venha a desagradar parte ou toda a população.

2.3.3 Jurídica

2.3.3.1 Responsabilização Penal

A responsabilização penal constitui uma das formas jurídicas atinentes ao magistrado no exercício das funções jurisdicionais.

São pois, divididas em dois grupos, tendo de um lado, os crimes inerentes à atividade pública, ou seja, o juiz como servidor público pode praticar determinados atos ou omitir-se em determinadas situações gerando responsabilidade no campo penal. Neste sentido, por exemplo, temos o peculato, concussão, corrupção passiva, prevaricação e outros inerentes à questão.

Já do outro, temos os crimes que somente podem ser praticados pelo juiz no exercício da função jurisdicional. No direito brasileiro, pode ser invocada a omissão judicial tipificada na lei de abuso de autoridade.⁴⁴

2.3.3.2 Responsabilização Disciplinar

O objetivo da responsabilização disciplinar não é ressarcir eventual prejuízo (como ocorre na responsabilidade civil) ou punir do mesmo modo eventual conduta tipificada no campo penal, mas sim punir pela conduta indevida.

Segundo CAPPELLETTI (1989, p. 71),

[...] a sua finalidade primária consiste, efetivamente, em assegurar com uma variedade de sanções disciplinares, que vão de censura à perda da antiguidade ou da remuneração, à transferência ou aposentadoria forçada, à remoção – que os juízes no seu papel de funcionário público, se bem que de tipo especial, observem os deveres de seu ofício, deveres, pois, tipicamente de direito público perante o Estado e a sociedade em geral. Mostra-se, porém, verdadeiro, para usar a famosa imagem de Adam Smith, que também na atuação da responsabilidade civil a “mão invisível” bem pode estar presente: ao perseguir o próprio interesse, o indivíduo prejudicado também

⁴⁴ Artigo 4º, letra b da lei 4898/65, considera crime “deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada.”

age indiretamente pelo interesse coletivo, ou seja, pela melhor administração da justiça. E, todavia, tal mão invisível torna-se ainda mais invisível nas modernas tendências acima discutidas, com base nas quais, o Estado, fazendo-se substitutivamente responsável, absorve, por assim dizer a responsabilidade civil, em via exclusiva ou concorrente, quase na forma de seguradora social contra risco.

A bem da verdade, a doutrina impõe a responsabilidade disciplinar quando da violação dos deveres inerentes ao cargo do magistrado, tanto no exercício de suas funções como pelo comportamento em sociedade.

Seu objetivo, portanto, como regra, restringe-se a punir comportamentos. É importante, notar preliminarmente que, embora exista uma tendência no sentido de tipificação, ao contrário no que ocorre na responsabilidade penal, é impossível elencar todas as hipóteses em que o juiz possa ser responsabilizado disciplinarmente.

Os casos de responsabilidade podem ser divididos em dois grupos: o primeiro, em que as faltas são praticadas no exercício da atividade jurisdicional, e o segundo fora dela. Mesmo no primeiro grupo, e como ocorre nas demais formas de responsabilidade, seu objetivo não é de modo algum, obter a reforma de um ato jurisdicional (que em princípio, somente pode ser obtida através dos recursos e ações próprias), muito embora a responsabilização possa se originar pela prática do mesmo ou de sua omissão. De fato, se tal ocorresse estar-se-ia frontalmente violando o princípio do livre convencimento motivado e da independência do juiz, rompendo-se até mesmo a regra do juiz natural.

A responsabilidade disciplinar, se não for bem regulamentada, no que se refere à forma de punição, pode se transformar em um mecanismo violador das garantias, através de duas forças: de um lado redução do juiz ao poder político, do outro a monopolização da responsabilidade disciplinar nas mãos da magistratura, com o risco de fechamentos corporativos.

A prática e o exame da legislação dos diversos países demonstram que o controle disciplinar dos juízes pode ser feito de três maneiras diferentes: a primeira, através de um órgão externo, composto por indivíduos que não fazem parte do Judiciário; a segunda pelo próprio poder Judiciário; e a terceira por órgão misto, composto por magistrado e representantes dos outros poderes e da própria sociedade.

Em relação as formas de punição, cada país adota formas próprias, embora muitas delas sejam comuns a todos os sistemas. Assim, por exemplo, temos a advertência, a censura, a perda da antiguidade para fins de promoção, a impossibilidade de promoção por merecimento, a disponibilidade, a remoção compulsória, a aposentadoria, e a demissão.

Desta forma, impossível a sistematização global das penas para as diferentes condutas em cada legislação. Aliás, o modo como se dá a punição também reflete a forma de controle. Assim, em um país que adota o controle interno, como o Brasil, temos algumas características que não são identificáveis nos países que adotam o sistema misto. A título meramente exemplificativo, temos a impossibilidade de censurar ou advertir um juiz de Tribunal e a disponibilidade e a aposentadoria, com vencimentos proporcionais, característicos de um sistema corporativo. Essas formas “especiais” de punição também constituem prova inequívoca da necessidade e superação desse sistema por aquele misto, conforme proposta do Controle Externo do Judiciário.

2.3.3.3 Responsabilização Civil

O juiz, agente encarregado pelo Poder Judiciário para desempenhar a função jurisdicional, deve ser responsabilizado civilmente quando cometer atos contrários as suas atribuições específicas. Quando o juiz judica, pode, eventualmente, cometer equívocos ou agir de forma contrária a lei, ou infringir um dever, é possível, enfim, que pratique um ato ilícito, o qual pode dar ensejo a sua responsabilização.

O juiz é o órgão do Poder Judiciário, e assim sendo, deve ser responsabilizado civilmente quando infringir a lei, pois o poder implica em responsabilidade, cuja conclusão é inferida do Estado Democrático de Direito.

A responsabilidade civil configura a mais polêmica de todas as responsabilizações.

De acordo com ARAÚJO (1981, p. 51): “[...] o magistrado, ao exercer sua função em geral, estará desempenhando atividade pertinente à competência privativa do Estado de aplicar contenciosamente a lei a casos particulares, além das atividades administrativas que exerce. É, portanto, agente público.”

Segundo BUZAID (1978, p. 17):

[...] a responsabilidade civil do Estado e responsabilidade civil do juiz são conceitos que a análise distingue claramente. A primeira é uma fórmula geral cujo fundamento está no risco que o Estado assume quanto aos seus funcionários, no exercício de suas atividades, causam dano ao patrimônio particular. O princípio que rege esta matéria é o da justiça distributiva, que tende a evitar qualquer dano injusto, o qual, sendo efetivado deve ser

equanimente repartido por todos os membros da comunidade. A segunda é uma forma particular, de responsabilidade, que só tem lugar nos casos que especifica. É que o magistrado não é funcionário senão no sentido genérico e impróprio; a sua condição jurídica é a de órgão de um poder do Estado e como este poder não pratica, em princípio, ato espoliativo, prescreveu a lei a responsabilidade do juiz só quando, por dolo, fraude ou culpa, denega justiça.

Podemos, pois, vislumbrar três finalidades na responsabilização civil do Juiz: a primeira delas é de se obter a justa reparação pelo dano causado (aliás este constitui o próprio fundamento para o pedido, ao lado do nexu causal), servindo de meio eficaz direto de ciência dos órgãos competentes acerca dos atos praticados – isso significa que as responsabilidades civis do juiz, além de garantir o ressarcimento daquele que sofreu danos em razão do exercício da atividade jurisdicional, indiretamente, serem como meio de fortalecimento de informações para o exercício da função disciplinar e pena em face dos juízes.

Além deste, dois outros escopos são atingidos através da efetiva responsabilização do juiz: o preventivo-punitivo (na medida em que o juiz sofre uma espécie de pressão psicológica diante do temor, de, eventualmente vir a ser demandado e ter de ressarcir a vítima de sua atividade jurisdicional), e o ideológico – com a primazia da magistratura profissional sobre aquela burocrática e laica; assim, a partir do momento em que se exige par ingresso na magistratura, o conhecimento técnico jurídico efetivo, este deverá estar presente durante toda a carreira.

Assim, a responsabilidade civil, pode ser sintetizada como o dever de ressarcir a parte pelos prejuízos causados pela ação ou omissão ilícitas ou de indenizar, no caso de atividades lícitas.

2.3.3.3.1 Formas de Responsabilização Civil

Podemos aqui identificar três sistemas diferentes: a) a responsabilidade exclusiva do juiz; b) a responsabilidade do Estado com possibilidade de exercício do direito de regresso; c) responsabilidade concorrente do Estado e do Juiz.

A primeira espécie caracteriza-se pela absoluta irresponsabilidade do Estado por eventual dano oriundo do exercício jurisdicional. Assim, à parte que entende que sofreu um dano em razão da atividade jurisdicional, deve se voltar contra o próprio juiz que causou o

prejuízo – tal forma de responsabilização é primitiva, e está ligada a fase da irresponsabilidade estatal ou ainda as teorias civilista, ficando restritas as hipóteses subjetivistas.

A segunda espécie caracteriza-se por direito da parte de se dirigir somente em face do Estado, e caso este venha a ser condenado, atendidas as condições particulares, poderá exercer o direito de regresso em face do juiz causador do dano. Esse sistema é considerado para uma parcela da doutrina como o mais moderno na medida em que, de um lado, garante o efetivo ressarcimento, e de outro preserva o juiz.

De fato, a possibilidade da demanda visando o ressarcimento ser interposta em face do Estado, como efetivo responsável pela prestação jurisdicional, garante o pagamento dos prejuízos em caso de condenação, já que este, em princípio, sempre terá condições financeiras de adimplir. Além disto, nada impede que o sistema jurídico garanta o direito ao ressarcimento, mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva, pois esta forma de responsabilização do Estado encontra-se cristalizada e deve abraçar todas as atividades por ele exercidas. Porém, neste sistema, cria-se um verdadeiro escudo protetor do juiz. Com efeito, sempre que a parte entender que sofreu algum prejuízo terá que se voltar contra o Estado e não contra o juiz, o que acaba por evitar a propositura de demandas, criando um manto de proteção que pode gerar impunidade.

De fato, se a demanda for proposta em face do Estado e somente após eventual condenação este puder exercer o direito de regresso, o juiz será demandado, provavelmente, muitos anos após o ato lesivo, o que desnatura a finalidade fiscalizadora e punitiva desta responsabilidade. Além disto, o Estado detém o poder de demandar ou não o juiz, após ter sido condenado a pagar eventual dano que este causou, passa assim a ter um meio de pressão contra o juiz que em troca da inércia do Estado, poderá passar a decidir a favor deste em qualquer hipótese.

Finalmente o terceiro sistema, segundo o qual o Estado e o Juiz são solidários na responsabilidade pelo ressarcimento dos prejuízos causados. Trata-se da forma de responsabilização característica dos sistemas jurídicos posteriores à admissão da responsabilidade do Estado por ato ou omissão de seus agentes. De fato, e para os defensores do segundo sistema, a evolução tem início com a responsabilidade exclusiva do juiz, passa pela solidária até chegar na objetiva do Estado.

As críticas a este sistema são as seguintes: exposição do juiz a demandas fundadas em mera vingança; a desnecessidade de propositura de demanda em face do juiz diretamente, na medida em que, em última análise, o Estado é sempre responsável e este tem

indubitavelmente condições econômicas mais favoráveis ao adimplemento; a inutilidade da parte buscar a prova de responsabilidade aquiliana (no mínimo) quando o Estado responde objetivamente.

2.3.3.3.2 No Brasil

O Brasil adota este terceiro posicionamento, onde em face a incidência de responsabilidade civil do Juiz, poderá o terceiro prejudicado demandar em face do Estado ou do Juiz, isoladamente ou formando um litisconsórcio, considerando a causa de pedir (fundamento jurídico para o direito ao ressarcimento ou indenização).

Muito embora haja divergência, a jurisprudência indica para o mais oportuno, a interposição da ação somente em face ao Estado, pois a Constituição de 1988 adotou a Teoria do Risco Administrativo, portanto, responsabilidade objetiva em face a atos lesivos de seus agentes públicos. Facultando ao magistrado causador intervir no processo a qualquer momento, em respeito a ampla defesa; sendo que caso isto não aconteça, e caso o Estado seja condenado - e ficando demonstrado a ocorrência de dolo ou culpa - este terá o dever de ingressar contra o magistrado, em face a indisponibilidade do erário público.

E ainda, em relação a extensão da responsabilidade civil do magistrado parte da doutrina se apóia na não possibilidade de enquadramento da responsabilidade civil do Juiz nos mesmos moldes dos demais agentes públicos, qual seja a aquiliana, defendendo que, mesmo funcionalmente estando na categoria dos servidores públicos, sua atividade – e mais precisamente as prerrogativas dela inerentes – necessitam de uma forma específica de responsabilização. Neste sentido NANNI (1999, p. 92) leciona “[...] pelas particularidades da função, a responsabilidade dos juízes é diferenciada dos demais agentes do Poder Público [...] cuja diferenciação não importa em imunidade.”

Sobre a função exercida pelo juiz, continua NANNI (1999, p. 166),

[..] dada a particularidade da função exercida, possui um regimento estatutário diferente dos demais agentes, pois sua atividade é regida pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional [...] ademais, tal situação decorre da previsão constitucional de ser o juiz órgão do Poder Judiciário; expressa assim, o poder interferindo na esfera particular dos indivíduos, podendo declarar ainda, mesmo que *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de uma disposição legal, faculdade exclusiva e atribuída a nenhum outro agente.

Assim, compartilhamos com o entendimento de que a regra geral preconizada no artigo 43 do Código Civil – da teoria aquiliana - não se aplica aos magistrados.

Desta feita, o melhor enquadramento conceitual da responsabilidade civil dos magistrados seria subjetiva e especial, enquadrada somente quando há previsões legais – que não são poucas - atinentes ao próprio juiz, uma vez que não poderia estar o juiz exposto a qualquer insatisfação das partes litigantes, se, ao seu alvitre, tivessem a possibilidade ilimitada de acioná-los. Eis que não se trata de irresponsabilidade ou imunidade, apenas uma limitação ao acionamento quanto sua responsabilidade.

CAPÍTULO 3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO-JUIZ

3.1 Responsabilidade do Estado por Atos do Estado-Juiz

Durante muito tempo, o Estado, considerado em seu sentido lato, como pessoa jurídica de direito público encarregada do regular funcionamento da máquina administrativa, foi tido como intocável, pelos atos de seus agentes que viessem a causar prejuízo a seus administrados.

A partir da responsabilização do Estado, após a passagem da época em que o Estado não era considerado responsável pelos seus atos (em que prevalecia a máxima *the King can do no wrong*), e o término da fase considerada “civilista”, em que era necessária a comprovação da culpa do agente, surgiram, conforme já vistas, várias teorias para estudar a matéria, prevalecendo, atualmente a do risco administrativo.

Para DERGINT (1994, p. 225) a questão da responsabilidade do Estado decorrente do exercício da função judiciária, é particularmente complexa e difícil. Sem dúvida, as inúmeras facetas de seu tratamento ainda não logrou consenso entre os profissionais do Direito, de modo que é impossível falar sobre responsabilidade por atos judiciais sem polemizar.

É fato que para realizar a função judicial, o Estado (aqui encarado como Estado-Juiz), causa prejuízos ao jurisdicionado – em sua honra, liberdade, patrimônio, ficando demonstrada a alta potencialidade lesiva dos atos judicantes, que não raras as vezes tem caráter irreversível.

Interessante ressaltar, contudo, que fora exatamente dentro da função Jurisdicional do Estado que ocorrera uma das primeiras aberturas nas teorias da irresponsabilidade do Estado Soberano: a partir da responsabilização do poder público no caso de erros penais. Fora a partir desta brecha que se assistiu a evolução do instituto da responsabilização, passando esta a ser regra, enquanto a irresponsabilidade exceção.

Contudo, em claro destoar com o ordenamento jurídico moderno – e mais, em confronto com o próprio Estado Democrático de Direito - o Poder Público ainda ecoa, em matéria de Responsabilidade por Atos Judiciais para uma pseudo-irresponsabilidade. E na lição de CAHALI (1995, s./p.): “[...] sem embargo da concessão feita à reparabilidade dos

danos resultantes do erro judiciário, constitui o último reduto da teoria da irresponsabilidade civil do Estado.”

Assim, a função judiciária que tem por missão fazer reinar a Justiça na sociedade, permaneceu, pois, como a única que pode impunemente lesar (moral e patrimonialmente) os indivíduos.

3.1.1 Atividade Judiciária Administrativa e Jurisdicional

Antes de traçarmos as principais repercussões teóricas da responsabilidade em face ao Estado-Juiz, importante realizar uma distinção das atividades praticadas por este Poder, realizadas pelos juízes, enquanto órgãos do judiciário.

Para MEIRELLES (1995, p. 383), “[...] o juiz, por desempenhar uma função estatal, categorizada como atividade jurisdicional monopolizada, é considerado um agente público, genericamente visto: e como espécie, pode exercer atribuições constitucionais, atuando com plena liberdade funcional, é um agente político.”

Judiciárias são todas as atividades exercidas pelo Poder Judiciário independentemente de sua natureza; já a atividade jurisdicional abrange os chamados atos jurisdicionais, também conhecidos como atos orgânicos, que podem ser atos de jurisdição contenciosa ou voluntária. Neste sentido, consideramos a atividade judiciária gênero da qual a jurisdicional constitui espécie.

Neste sentido, o juiz tem a seu cargo, a prática de atos jurisdicionais e de atos designados como administrativos. Quando desempenha a sua função típica, ou seja, jurisdicional, resolve o litígio entre as partes, aplicando o direito aos casos concretos; já quando exerce atividade administrativa, realiza-a e é atípica, como se praticada por administrador público, nas ocasiões em que nomeia servidores, firma contratos, abre concursos públicos, licitações ... Assim, segundo NANNI (2000, p. 117), a responsabilidade do Estado-juiz deve ser cindida a duas situações: no exercício de função jurisdicional, e no exercício de função administrativa.

Em relação à repercussão da prática administrativa, decorrentes da própria estruturação e da necessidade de organização do judiciário (atos correcionais, nomeações, contratações, promoções, demissões, editais, concursos, licitações); a atividade equipara-se a qualquer outra exercida pela Administração, e portanto, não há de se diferenciar o grau de

responsabilidade, não sendo portanto, atingido o manto da irresponsabilidade, sob nenhuma fundamentação. O Estado-Juiz aqui responsabiliza-se conforme exposto na teoria do risco, enquanto seu agente público – o juiz, não difere do agente em geral da administração, pelo que é contemplada a regra geral de responsabilidade subjetiva, respondendo nos casos de comprovada culpa ou dolo em sua ação ou omissão.

Contudo, em relação à atividade jurisdicional – ato de aplicar-se o direito ao caso concreto - a polêmica vê-se suscitada, visto que a parte da doutrina e majoritária jurisprudência apontam que incidir responsabilidade sobre tal atividade, acarretaria prejuízos à independência. Ainda assim, conforme será exposto, as teorias da irresponsabilidade mostram-se infundadas, em todas suas vertentes, demonstrando-se que o Estado não pode se eximir de tal responsabilidade, aplicando-se a estes casos, da mesma forma, não só a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, fundada no risco, mas também a teoria da responsabilidade subjetiva, fundada na falta do serviço (que abrange o não funcionamento, o mau funcionamento e o retardado funcionamento dos agentes que o operam). Nos casos de danos derivados de atos (comissivos) lícitos e ilícitos, caberá a primeira, enquanto nas situações decorrentes de omissões, cumpre a tese da falta do serviço.

Porém, em relação ao agente público juiz, numa tentativa de conciliar-se à independência com a responsabilidade, mediante os próprios limites e hipóteses que a lei tipifica, será verificada condições especiais de culpa. Neste sentido NANNI (2000, p. 119):

[...] a regra da responsabilidade civil do juiz não está jungida àquela aquiliana, preconizada no Código Civil; mas somente nas previsões legais atinentes ao juiz, uma vez que não poderia estar o juiz exposto a qualquer insatisfação das partes litigantes, se, ao seu alvitre, tivessem a possibilidade ilimitada de acioná-lo.⁴⁵

3.1.2 Pela Irresponsabilidade - ou Responsabilidade Excepcional - Doutrinas da Irresponsabilidade (e Contra-Argumentações).

A maioria dos estudiosos sempre defendeu que o Estado-Jurisdição deveria ter um sistema diferenciado de responsabilização, não podendo se submeter às rígidas regras de

⁴⁵ A responsabilidade civil do juiz não é ilimitada, mas restrita, justamente com a finalidade de assegurar a liberdade para julgar sem qualquer receio, podendo livremente interpretar as leis e valorar os fatos e provas.

responsabilidade objetiva do Estado, figurando assim durante muitos anos, a tese de irresponsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais, ou no máximo, sua responsabilização em casos excepcionais. Passemos agora, a análise dos principais argumentos que sustentaram a irresponsabilidade, e conseqüente fundamentação das razões para sua não admissão.

3.1.2.1 Atos de Soberania

Há aqueles que defendem a irresponsabilidade do Estado e do Juiz à guisa do argumento da soberania. Assim o exercício da função jurisdicional, por ser atividade soberana do Estado, deve ser inatacado, irrepreensível, pois elevar direitos individuais à sua altura seria menosprezar a soberania, o que desarmaria o sistema. Assim, o prejudicado deveria assistir ao relegamento de seus interesses individuais diante do valorizado predomínio da função jurisdicional. Caso pudesse bem atendê-lo, não haveria problema. Caso contrário, o social supera e prevalece sobre o individual.

Este argumento sofreu, também, incessantes críticas, praticamente desaparecendo. Como se disse, muito decorrente do “crescimento do poder individual dentro do ente coletivo, ou em outros termos, o incremento da cidadania e dos interesses individuais, opostos à índole opressora do Estado.” Descobriu-se que a ordem no microcosmo contribui decisivamente para a ordem no todo, e que a constante subtração dos interesses individuais conduz inevitavelmente à falência do sistema, que tem, para sua sobrevivência, que zelar por um ponto de equilíbrio entre ambos.

Em outra linha de crítica, fala-se no predomínio absurdo da forma sobre o fundo, esquecendo-se de que o Estado, a associação dos homens, visa em essência, proteger os interesses individuais de cada integrante de seu corpo. Segundo Rafael Bielsa, citado por SENTO-SÉ (1974, p. 79):

[...] impossível falar de um sistema integral de justiça aí onde o Estado deixa sem reparação um dano individual injusto. A necessidade de reparar os erros dos juízes tem fundamento político-administrativo indisputável. Primeiramente, é preciso manter no espírito público a consciência de que o Estado protege sempre os direitos e garantias do indivíduo e da sociedade, sejam esses direitos privados ou públicos e essas garantias estritamente jurídica ou jurídico-políticas. A mesma solidariedade que nasce em face do perito ou do delito, deve surgir ante a inocência castigada.

Para dilapidar melhor este argumento, a lição de PONDÉ, (1954, p. 44):

[...] relativamente aos atos judiciais, ninguém pode hoje acobertá-los de imunidade, sob pretexto de serem expressão de soberania. Este argumento provaria demais, porque daria com a irresponsabilidade mesma da administração e do legislativo já que o judiciário não é um supra-poder colocado sobre estes dois. Aquela arguição é destituída de todo e qualquer fundamento jurídico. O serviço judiciário é um setor de funcionamento do Estado, como o são todos os demais serviços público: distingue-se deste tão só pela função jurisdicional, que preferentemente ele exerce. Isto, porém, não o leva acima da ordem jurídica, a cuja fiel e exata aplicação ele se destina. E, até mesmo por esta destinação específica, os danos que ele cause devem ser mais prontamente reparados, para que não permaneça sem remédio a violação sofrida pela vítima, que buscara sedenta de justiça.

E para finalizar, tome-se o que nos diz o mestre Aliomar Baleeiro, citado na obra de DIAS, 1987, p 755 “o poder judiciário não será responsável se nós acobertarmos com o manto da indulgência, ou com essa figura misteriosa da soberania do Estado, para usar da expressão de Duguit – a falta, a culpa ou o dolo dos juízes”.

3.1.2.2 Independência Funcional da Magistratura

Muito se critica a irresponsabilidade pelo princípio da necessidade de independência. Não nos parece contudo, ter bases científicas.

Da mesma forma que já se disse haver autonomia entre soberania e responsabilidade, segundo José de Aguiar DIAS (1987, p. 150) a independência dos magistrados não explica a imunidade, pois não há oposição entre ela e a responsabilidade do Estado.

Embora existam alguns doutrinadores como Hélio Tornaghi, citado por ARAUJO (1981, p. 66), que prega que “[...] a independência de que devem gozar os juízes e as garantias que precisam ter, estariam irremediavelmente postas em xeque se eles houvessem de ressarcir os danos provenientes de seus erros.”, este é facilmente rebatido por SENTO-SÉ (1974, p. 102-103) proclamando que a independência dos magistrados não explica a imunidade. Quando muito, ela serviria para justificar a irresponsabilidade pessoal do juiz, como acontece nos Estados Unidos: onde tal irresponsabilidade é admitida, entre outros motivos pelo teor de uma influência ilegítima sobre a decisão judiciária.

O argumento, porém, é imprestável no que toca o direito brasileiro, que afirma expressamente a responsabilidade pessoal do julgador. Não há oposição entre a responsabilidade quanto aos atos judiciais somente é cabível verificarmos certos pressupostos, como sucede em referência à responsabilidade do Poder Público em geral. Não preconizamos, evidentemente, a abolição da independência funcional dos juízes, sem a qual viveriam em permanente sobressalto, ante o receio de serem responsabilizados civilmente, em ação direta ou por via regressiva, a chamado do Estado.

O privilégio da substancial irresponsabilidade do magistrado não pode constituir o preço que a coletividade é chamada a pagar, em troca da independência de seus juizes.

3.1.2.3 Falta de Previsão Legal Expressa

A corrente doutrinária que defende tal posicionamento, alega que só teria lugar a responsabilidade civil do Estado em casos expressos em lei, como ocorre, por exemplo, no erro judiciário indicado no artigo 630 do Código de Processo Penal (CPP) e albergado no artigo 5, LXXV da CF.

Porém, sábias as palavras do SENTO-SÉ (1974, p. 100-111), ao indicar que em matéria de responsabilidade civil, os tribunais estrangeiros:

[...] freqüentemente, têm prescindido de tal exigência. Até nos Estados Unidos, onde é tradicional a regra da imunidade, a responsabilidade foi estendida a vários Estados, sem texto expresso, a partir de 1957. Ainda sem texto expresso se aceitou, na França e no Uruguai, a responsabilidade por danos decorrentes de leis. No Brasil, embora o artigo 82 da CP de 1891 cogitasse a responsabilidade pessoal dos funcionários, acolheu-se a responsabilidade do Estado por falta daqueles. Nem foi certamente à luz de textos expressos que os nossos tribunais admitiram algumas vezes a culpa anônima do serviço e a teoria do risco, mesmo antes do artigo 194 do Constituição de 1946 [...]. No que concerne especificamente aos atos judiciais, também não faz sentido hoje o “*príncipe archaique de l’irresponsabilité de puissance publique sans texte*”, no dizer de Rivero. Na França, a obrigação de reparar tem sido imposta ao Estado pela jurisprudência em casos não declarados em lei. Na Itália, a Corte Constitucional entendeu que o silêncio quanto à responsabilidade do Estado não a exclui.

Para Celso Antonio MELLO (2001, p. 435), a idéia de responsabilidade do Estado é uma conseqüência lógica inevitável da noção do Estado de Direito. A trabalhar-se com

categorias puramente racionais, dedutivas, a responsabilidade estatal é simples corolário da submissão do poder público ao Direito. Sendo que a partir do momento que o Estado avocou para si, de forma genérica, o comando das atividades, regulando todo o comportamento social, não poderia decorrer senão a instituição da responsabilidade civil objetiva; como garantia aos administrados, em razão da posição inferior destes, evitando-se abusos desmedidos e permitindo-se efetivamente a responsabilização do Estado pelos danos causados em consequência da edificação sólida do Estado Democrático de Direito.

3.1.2.4 Falibilidade Humana

É certa a afirmação de que os juízes não são perfeitos; portanto, passíveis a falhas, característica própria da natureza humana.

Não se pode contudo, indicar irresponsabilidade recoberta pelo manto da falibilidade eventual. Assim como todo ato do Estado, praticado por seus agentes é passível de erro, esse deve suportá-los, pois mais injusto seria, recair o peso do ilícito sobre o já prejudicado.

Com efeito, o fato de o juiz ser falível, como todos os seres humanos, não pode servir de desculpa para o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, pelas mesmas razões que não serve de desculpa a qualquer pessoa na vida pública ou privada. Pois, no caso específico da prestação jurisdicional quem diz direito diz, pois, responsabilidade. E o Estado é um sujeito de direitos, portanto, é responsável.

Admitir esta teoria seria considerar que o juiz está acima da sociedade; e mais, recobrir suas falhas a partir da irresponsabilidade poderia influir negativamente no seu comportamento, levando-o a tornar-se desidioso na sua missão de fazer justiça.

3.1.2.5 Autoridade da Coisa Julgada

Sendo pois, a mais forte das teorias que fundamentam a irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, é como as demais, insuficiente para justificar a imunidade do Poder Público. Para esta, o reconhecimento da irresponsabilidade acarretaria ofensa à coisa

julgada, uma vez que a presunção da verdade da sentença transitada em julgado não admite contestação.

Neste sentido, já apontando para o equívoco, pronuncia-se ARAUJO (1981, p. 138):

[...] é claro que, no direito brasileiro, a imutabilidade da coisa julgada sofre restrições à sua amplitude: estas são representadas especialmente pelos institutos da revisão criminal e ação rescisória civil. Mas ninguém nega o princípio e o peso da argumentação, [e nas duas páginas seguintes se manifesta] [...] uma coisa é admitir a incontestabilidade da coisa julgada, e outra é erigir essa qualidade como fundamento para eximir o Estado do dever de reparar o dano [...] o que se pretende é possibilitar a indenização ao prejudicado, no caso de erro judiciário, mas que essa coisa julgada não possa, dado o lapso prescricional, ser mais modificada.

Nesta mesma linha de discordância em relação a irresponsabilidade fundada na coisa julgada, SALAZAR (1941, p. 81, 67) leciona:

[...] de quando acaba de ser exposto é lícito, sem dúvida, concluir que o princípio da coisa julgada não pode ser invocado como impeditivo da aplicação, aos atos judiciais, da regra geral de responsabilidade do Estado pelas consequências danosas da atividade de seus representantes, restringindo-se o alcance daquele princípio tão somente aos atos que tenham os característicos da *res judicata*. [demonstra ainda o autor], [...] se a coisa julgada seria o que fixa um limite à regra geral da responsabilidade, a consequência imediata e irrecusável do argumento é que essa regra geral ficará prevalecendo com relação a todos os atos que não tenham esse caráter. Estão, assim, fora da proteção deste princípio especial derogatório daquela regra todos os atos que não constituam uma *res judicata*, a dizer: decisões proferidas em processos de jurisdição voluntária e graciosa, preventivos e preparatórios, as interlocutórias, os atos de execução [...].

Outro argumento que surge é que a idéia de segurança jurídica, que justifica o princípio da coisa julgada, seria abalado, visto que para se chegar a responsabilidade, discutir-se-ia novamente, para delinear o erro no julgamento, trazendo insegurança ao interesse público. Tal argumento é desfeito ao verificarmos que a própria legislação traz as figuras da revisão criminal (amparado pelo artigo 5, LXXV da CF), bem como da ação rescisória no campo cível; ações específicas que já relativizam esta suposta segurança. Neste sentido refuta ainda DI PIETRO (1999, p. 419):

[...] com efeito, o fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial. A decisão continua a valer para ambas as partes; a que ganhou e a que perdeu continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que parece intangível. É o Estado que terá de responder pelo prejuízo que a

decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência do erro judiciário. [E arremata] [...] a própria presunção de verdade atribuída às decisões judiciais aparece enfraquecida num sistema judiciário como o nosso, em que o precedente judiciário não tem força vinculante para o magistrado, são comuns decisões contrárias e definitivas a respeito da mesma norma legal; uma delas afronta, certamente a lei.

3.1.2.6 Teoria do Risco Assumido pelo Jurisdicionado

Este argumento, defendido entre outros pelo constitucionalista Canotilho, pode ser explicado a partir da afirmação de que se as partes intentam em juízo dirimir um conflito, confiando ao juiz sua solução, não podem alegar posteriormente reparação pelos prejuízos que eventualmente sofrerem, pois aceitaram, de comum acordo, aquele meio de solução, olvidando de outros, como o acordo particular. Assim, aceitaram a falibilidade deste meio, o risco em utilizá-lo, e cada qual deve ser responsável por seus atos, não podendo alegar o prejuízo ao qual concorreu, visando proveito próprio.

Este argumento esvanece-se, contudo, ante a constatação que o recurso ao Juízo, é antes que voluntário, obrigatório, em muitos casos, e quase sempre assim o será, para o réu. A disponibilidade, fulcro do argumento, assim, inexistente. E por outro lado, mesmo aceitando a via judicial, possui a parte legítimo interesse no seu funcionamento regular, que cumpre ao Estado e ao seu agente designado garantir-lhe. Não o fazendo, haveria a violação de um direito, situação esta que propiciar-lhe reparação.

3.1.2.7 Os Magistrados como Agentes Políticos (e Não Agentes Públicos)

O argumento que o §6º do artigo 37 da Constituição Federal⁴⁶ não se estende aos atos jurisdicionais tanto visa afastar a responsabilidade do Estado quanto a do Juiz, porque nem o Estado fica responsável por atos de seus juízes (que não seriam funcionários

⁴⁶ Art. 37 “A administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e também, ao seguinte: §6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

açabarcados por aquele dispositivo), tampouco os juízes seriam os funcionários que trata aquela norma, responsáveis perante o Estado quando agissem com dolo ou culpa.

O desenvolvimento desta idéia conduz a outra, consiste em que, diante da inextensibilidade da Carta Magna, qualquer dispositivo legal que afirme pela responsabilidade pessoal ou estatal por atos do juiz, seria inconstitucional.

Criou-se uma dicotomia entre Estado-Administrador e Estado-Julgador. O juiz, ao sentenciar, apenas diz a lei. O legislador “fala em seu próprio nome”. Assim, o Estado não responderia por atos o juiz porque ele se considera fato da lei.

Este argumento se vê completamente descabido, primeiramente, como já visto, por se tratar o magistrado de servidor público, investido de cargo; e ainda, conforme jurisprudência “[...] quando o ato é dos que se compreendem no exercício da jurisdição [...] nada impede que se chame as contas o poder público, quando seu representante (autoridade judiciária) exorbite de sus funções, abuse do seu poder, proceda contra o direito, ou falte a dever prescrito por lei.”⁴⁷

3.1.2.8 Transposição do julgado à instância colegiada:

Calca-se esta excludente na afirmação defendida pela doutrina e praticada pela jurisprudência de que a confirmação do ato pelo tribunal superior elide a responsabilidade civil do juiz, e contra atos colegiados não pode haver responsabilização, nem pessoal, de determinado julgador, nem solidária entre os componentes da turma, seção, câmara, grupo ou pleno, tampouco do Estado, devido à imprecisão do agente.

Indefensável parte do argumento. No que diz respeito aos julgamentos colegiados, não é impossível, na maioria das vezes, reconhecer-se o dolo, fraude ou culpa de determinado participante, salvo nos julgamentos secretos. Mas em qualquer caso, o Estado possuiria a obrigação de reparar o dano causado. A responsabilidade do Estado não deixa de ser objetiva, valendo a tese da culpa anônima do serviço. É problema que não interessa ao prejudicado o reconhecimento da autoria do dano, senão ao Estado, quando da ação regressiva.

É notável que a responsabilidade do Estado pode existir ainda que não exista a responsabilidade do juiz. O Estado responde pelo fato da lesão ao Direito, por parte dos funcionários públicos, ainda que não tenha havido culpa desses.

⁴⁷ RT 135/680 apud SENTO-SÉ (1974, p. 49-50).

3.1.3 Pela Responsabilidade do Estado Juiz

Demonstradas descabidas todas as teses acerca da teoria da irresponsabilidade, fica claro ser o Estado-Juiz tão responsável quanto qualquer outra faceta do Poder Público. Segundo DERGINT (1994, p. 226), o Estado-Juiz é uma fração do Poder Público que pode, através de seu agente, nessa qualidade, causar dano injusto, não havendo razão jurídica para impor ao lesado o sofrimento do prejuízo daí decorrente. Desta maneira, justificado está o dever do Estado em responder pelos prejuízos causados pela atividade judicante.

CRETELLA JÚNIOR, (1970b, p. 13-31), em seu Tratado Administrativo, de maneira sistemática apresenta os sólidos argumentos em prol da responsabilidade da atividade jurisdicional do Estado: a) a responsabilidade do Estado por atos judiciais é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público; b) as funções do Estado são funções públicas, exercendo-se pelos três poderes; c) o magistrado é o órgão do Estado, ao agir não age em seu nome, mas em nome do Estado, do qual é representante; d) o serviço público judiciário pode causar danos às partes que vão a juízo pleitear direitos, propondo ou contestando ações (cível), ou na qualidade de réus (crime); e) o julgamento, quer no crime, quer no cível, pode consubstanciar-se no erro judiciário, motivado pela falibilidade humana na decisão; f) por meio dos institutos rescisório e revisionista, é possível atacar-se o erro judiciário, de acordo com as formas e modos que a lei prescrever, mas, se o equívoco já produziu danos, cabe ao Estado o dever de repará-los; g) voluntário ou involuntário, o erro de conseqüências danosas exige reparação, respondendo o Estado civilmente pelos prejuízos causados; se o erro foi motivado por falta pessoal do órgão judicante, ainda assim o Estado responde, exercendo a seguir o direito de regresso sobre o causador do dano, por dolo ou culpa; h) provado o dano e o nexos causal entre este e o órgão judicante, o Estado responde patrimonialmente pelos prejuízos causados, fundamentando-se a responsabilidade do Poder Público ora na culpa administrativa, o que envolve também a responsabilidade pessoal do juiz, ora no acidente administrativo, o que exclui o julgador, mas empenha o Estado, por falha técnica do aparelhamento judiciário, ora na teoria do risco, o que empenha também o Estado, de acordo com o princípio solidarista dos ônus e encargos públicos.

Desta forma, salvo legislação em contrário, quando é adotado por um Estado a teoria do risco administrativo acerca de sua responsabilidade, ela vale para todas as atividades – não havendo qualquer exceção a jurisdicional.

3.1.4 A Responsabilidade do Estado-Juiz no Ordenamento Brasileiro

Lecionando acerca da discrepante situação entre a evolução da teoria da responsabilidade frente ao Poder Público e sua não aplicabilidade em face ao Estado-Juiz, que não diferentemente, também assolou nosso ordenamento pátrio (e principalmente nossos Tribunais), relata-nos DERGINT (1994, p. 226):

[...] mesmo após uma reação no sentido de sua “publicização” sob influência dos ministros Aliomar Baleeiro, Orosimbo Nonato e Adalício Nogueira, entre outros, ela recuou para praticamente imobilizar-se na vetusta e inconsistente posição [...] de que o Estado não responde por ato judicial danoso senão quando houver expressa disposição legal, ou seja, unicamente no caso do erro judiciário penal (previsto no artigo 630 do CPP) e hoje também pelo artigo 5, LXXV da Carta de 1988; predomina assim, o princípio geral da irresponsabilidade pela atuação lesiva do Poder Judiciário, que contrasta com a extensão dada por uma jurisprudência liberal à responsabilidade estatal por danos decorrentes de atos (comissivos e omissivos) do Poder Público.

Há de se notar, contudo, que o regime de responsabilidade deve ser um só, decorra o ato do Executivo, Legislativo ou Judiciário, que não são propriamente “Poderes”, mas sim funções do poder uno e indivisível do Estado.

É verdade que não existe nenhuma lei específica contemplando a responsabilidade civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais no Brasil, mas essa previsão é despicienda, visto estar esta responsabilidade prevista no artigo 37 §6º da Constituição Federal, texto claro que não deixa qualquer dúvidas em relação a extensão dessa responsabilidade, já que não fez qualquer limitação no que tange a atos jurisdicionais. Ou seja, a irresponsabilidade não se alinha com o melhor entendimento extraído da Lei Maior; e assim, o Estado é objetivamente responsável pelos prejuízos causados a terceiros decorrentes de atos jurisdicionais. Estes atos podem emanar de quaisquer pronunciamentos externados pelos juízes, demais atos praticados e eventuais omissões, incluída aqui a denegação de justiça ou a demora na prestação jurisdicional.

Segundo MASSARENTE (2001, p. 124), citando a moderna doutrina, fundamenta a Responsabilidade Estatal por atos jurisdicionais no ordenamento brasileiro calcada nos seguintes postulados:

a) quando devidamente expresso em lei, o Estado responde pelos atos lesivos causados pelo Poder Judiciário; b) não há distinção na Constituição Federal quanto aos atos administrativos, legislativos ou jurisdicionais, bastando apenas,

que haja demonstração do dano e que este tenha sido praticado por agente público; c) o reconhecimento da indenização por erro judiciário tem suporte no artigo 630 do CPP, e artigo 5, LXXV da CF, que por analogia pode perfeitamente ser estendida ao processo civil. O erro judiciário pode se consolidar também no cível, pois, em que pese a presunção quase absoluta de imutabilidade e certeza da coisa julgada, não obstante a responsabilidade pessoal, civil e penal do juiz, subsiste o dever do Estado de reparar o prejuízo causado à vítima do erro judiciário; d) a má-fé, abuso ou desvio do poder do juiz ensejam a responsabilização do Estado, sujeitando-se contudo, a ação regressiva nos casos de dolo; e) a ação rescisória, em matéria cível, ao desfazer a decisão eivada de vícios, causadora do prejuízo, acarreta a indenização; f) a prisão preventiva injusta possibilita a indenização invocando-se, para tanto, o princípio da igualdade de ônus; g) a responsabilidade pessoal do juiz, prevista no Código Civil, e no artigo 133 do CPC, não exclui a responsabilidade estatal; h) do mesmo modo, as decisões e despachos judiciais danosos à parte, mesmo que não constituam coisa julgada, por decidirem questões processuais importantes, justificam a responsabilidade do Estado, como conceder, quando manifestamente ausentes os requisitos, ou indeferir, quando presentes os pressupostos liminares em mandado de segurança e em ações cautelares.

Para SILVA FILHO (1991, p. 70-80):

[...] a constituição atual, em seu artigo 37, §6º, consagra a responsabilidade objetiva do Estado e não faz qualquer ressalva ou discriminação [...] Em matéria de responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, já registra significativo avanço. A doutrina e jurisprudência vêm sufragando que os atos jurisdicionais, no Estado de Direito, se submetem ao próprio Direito e, portanto, não são imunes a gerar a responsabilidade objetiva, quando provoquem danos. Os magistrados são agentes públicos, porque exercem atividade específica, própria e monopolizada pelo Estado. Responde regressivamente quando agirem com dolo ou culpa.

Assim, é perfeitamente compreensível que o Estado seja responsabilizado pelos danos decorrentes da atuação jurisdicional, qualquer que seja o agente. Ainda que haja a possibilidade do juiz responder regressivamente, isso não pode ser considerado como elemento inibidor de sua atuação, nem se afirma que ficará privado de liberdade de decidir.

3.1.4.1 Embasamento Legal

Após demonstrar ser cabida a responsabilidade estatal por Atos Jurisdicionais, bem como demonstrado o fundamento que leva a responsabilização – subjetiva e especial – dos magistrados, passemos agora a analisar a legislação que atualmente regula a questão suscitada, ou

seja, de Responsabilidade civil do Estado e especificamente da responsabilidade pessoal do Magistrado de atos por ele praticados; quais sejam: artigo 37, §6º da Constituição Federal, e artigo 5º, inciso LXXV do mesmo diploma legal; os artigos 43 e 1744 do Código Civil; o artigo 630 do Código de Processo Penal; artigo 133 do Código de Processo Civil, e o artigo 49 da LOMAN (Lei Complementar n. 35/79), e o artigo 6º da Lei 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade).

3.1.4.1.1 Constituição Federal de 1988

Considerada a atividade judiciária como espécie de serviço público, em sentido amplo; a garantia de acesso à prestação jurisdicional ao cidadão um direito fundamental; e do magistrado como agente público, na categoria de servidor público, o responsável último pela sua efetivação, no que tange a aplicação do artigo 37 §6º da Constituição Federal, os danos provenientes da Atividade Judiciária são atingidos pela Teoria do Risco Administrativo, assim como qualquer outro exercício de Poder do Estado.

Vejamos a inteligência do artigo em questão: 37§6º “As pessoas jurídicas de direito publico 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 responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Importante que a interpretação acerca deste dispositivo seja a mais elástica possível, no sentido de incluir o magistrado como agente causador de dano.

LOUREIRO FILHO (2004, p. 140) indica que:

[...] a exegese do dispositivo implica na aceitação da responsabilidade direta e objetiva do Estado, cabendo a análise do comportamento doloso, culposo ou mesmo lícito, à sede regressiva. Ademais, o dispositivo abrange não só o dano oriundo de ação ou omissão lícita, mas também, advindo do comportamento lícito, de qualquer ente físico ou jurídico, vinculado a qualquer título ao Estado. Incluindo-se, destarte, a figura do magistrado, dos auxiliares, da falha da máquina judiciária, do comportamento lícito [...].

A generalidade desta norma, no que diz respeito ao regresso do Estado, está no simples fato de que este tem a opção de regressar contra o magistrado ou qualquer outro funcionário público do Poder Judiciário que tenha causado o erro, sendo originário da culpa ou dolo.

Segundo CAHALI (1995, p. 278), a teor da norma constitucional, o direito de regresso condiciona-se a comprovação de dolo ou culpa do servidor ou agente na verificação do evento danoso; mas o seu exercício, à evidência, tem como pressuposto lógico a satisfação do pagamento da condenação a vítima do prejuízo, seja pela administração, ou pela empresa responsável perante o autor da ação principal.

Desta maneira, conjuga-se uma relação jurídica objetiva estabelecida entre o Estado e a vítima do dano injusto, com a subjetiva existente entre o Estado e o agente causador do dano.

Por força da hierarquia normativa, o artigo 43 do Código Civil, e os demais que versam sobre responsabilidade civil do Juiz neste ordenamento, não encontram respaldo, visto que incompatível com o texto constitucional.

Já em relação ao dispositivo processual penal, qual seja, o artigo 630, bem como a lei 4898 de 65, a previsão do artigo 5º, inciso LXXV “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado em sentença.” conforme indica LOUREIRO FILHO (2004, p. 141),

[...] ao mesmo tempo que guinda à categoria de garantia constitucional a tutela conferida à vítima de erro judiciário civil ou penal, bem como inova em muito ao ampliar a responsabilidade à hipótese do condenado ficar preso além do tempo fixado na sentença. Realça, em destaque, especificando duas situações que o comando genérico do artigo 37, §6º já continha [...] Assim, válida ao mesmo tempo em que derroga o artigo 630, pois inexige a desconstituição prévia do julgado criminal, bem como a hipótese excludente da ação penal privada. Descaracteriza, por fim, a aparente discricionariedade do ato de ressarcir que a expressão *poderá* ensejava.

Os erros judiciários devem ser reparados em sentido amplo, ou seja, abarcando todos os prejuízo apreciados pelo lesionado em decorrência de tal falta, sejam eles patrimoniais ou morais.

Acerca deste tema a lição de CAHALI (1995, p. 603) “[...] o texto constitucional, assegurando a reparação à vítima do erro judiciário, ao condiciona o exercício da prestação indenizatória ao prévio acolhimento da revisão da sentença.” E continua COTRIM NETO (1993, p. 45):

[...] com relação ao estabelecido neste dispositivo inciso LXXV da Carta da União, que impõe ao Estado indenizar a vítima de erro judiciário, entendemos que seu alcance vale além do que se dispusera no artigo 630 do CPP, visto com a referência ao “condenado por erro judiciário”, posta numa cláusula garante de “direitos e deveres individuais e coletivos.

– qual o artigo 5º do Diploma de 1988 – tem aplicação em todos os campos em que o indivíduo possa ser condenado: no juízo criminal, no cível, no trabalhista ou militar, ou até

mesmo no eleitoral, enfim, onde quer que o Estado, mesmo através do Ministério Público, tenha sido provocador de condenação.

Conclui-se que para muito além da retirada da responsabilidade regaliana – que embasava a irresponsabilidade, tais cláusulas constitucionais vêm em consonância com as grandes conquistas do Estado Democrático de Direito.

Encerrada a discussão neste sentido, a problemática e as discussões atuais recaem sobre a aplicabilidade – e constitucionalidade – dos dispositivos do Código de Processo Civil e da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

O questionamento diz respeito a forma em que se deve processar a ação indenizatória, ou seja, se o ofendido deve intentar contra o Estado, contra o agente responsável, ou concomitantemente em face aos dois.

Neste sentido, a doutrina diverge, sendo respeitável os posicionamentos de GRINOVER (1982, p. 10):

[...] o Estado, e independente da indagação a respeito da culpa ou dolo, poderá o prejudicado pelo ato jurisdicional agir, obtendo a reparação prevista no artigo constitucional. Nos casos do artigo 133 do Código de Processo civil e 49 da Lei Orgânica, o Estado poderá exercer a ação de regresso contra o juiz. E nesses mesmos casos, poderá o prejudicado acionar diretamente, ao invés de valer-se da ação de responsabilidade civil contra o Estado.

E de AGUIAR JÚNIOR (1998, p. 32-33) que aponta:

[...] para solver o impasse, é preciso considerar, em primeiro lugar, que tanto o Código de Processo Civil como a LOMAN nada referem quanto à imediatidade da responsabilidade atribuída ao Juiz, pelo que se deve interpretar tais regras em consonância com o texto constitucional, isto é, o Estado responde primária e diretamente frente ao lesado; o juiz responde regressivamente, frente ao Estado, nos casos configurados no artigo 133 para jurisdição civil, e no artigo 49 para as demais jurisdições. Isso significa respeitar o princípio geral da responsabilidade direta do Estado pelos atos dos seus agentes, e a limitação do direito de regresso, em se tratando de ato judicial, às hipóteses dos artigos mencionados.

Há ainda, entendimento de que a ação deve ser interposta perante ao Estado, sendo o agente causador denunciado a lide, de acordo com artigo 70, III do Código de Processo Civil; e dentre os doutrinadores que defendem tal parecer estão CAHALI (1995, p 285) “[...] o direito de regresso do permissivo constitucional somente pode ser exercido por via da denunciação da lide em que a sentença declara secundariamente a responsabilidade do funcionário ou agente: ou por via da ação regressiva de direito comum contra o mesmo.”

Tentando buscar harmonizar LOUREIRO FILHO (2004, p. 143-144) indica que “em face do juiz, diretamente, apenas poderá ser proposta a demanda sob o fundamento da conduta dolosa e da fraude, em razão de sua responsabilidade pessoal, nunca de conduta culposa. Esta, poderá ser perquirida somente em sede regressiva (portanto indiretamente) a partir da condenação do Estado”. Visto que a Constituição é clara ao indicar por responsabilidade subjetiva por dolo ou culpa (37, §6º CF); devendo nestes casos ser acionado o Estado (com direito de ação regressiva); e o diploma processual indica a possibilidade de acionamento direto do magistrado em casos de dolo ou fraude (artigo 133, I CPC).

E por fim, a moderna doutrina, trazida por LASPRO (2000) e NANNI (1999), indicam pela coexistência de ambos os regimes, o da responsabilidade pessoal do juiz e o da responsabilidade objetiva do Estado, devendo resultar em prol do usuário do serviço a quem caberá a escolha em face de quem demandar e a qual título.

O que se pode concluir é que a Constituição, em relação a tal dispositivo, trouxe um caráter protetivo, e não restritivo de direito, não havendo inconstitucionalidade, mas sim, critério específico de responsabilização, sem excluir a responsabilidade geral por dolo e culpa previsto no artigo 37, §6º CF.

3.1.4.1.2 Código Civil

O Código Civil Brasileiro de 1916 era repleto de normas que estabeleciam situações de responsabilização civil do Estado e do Juiz⁴⁸.

⁴⁸ Eram dispositivos que regiam a responsabilidade civil do Estado e do Magistrado, no Código Civil de 1916, segundo ensinamento de LOUREIRO FILHO, 2004, p 147:

Artigo 15: 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 regressivo contra os causadores do dano.

Artigo 294: Ficará subsidiariamente responsável o juiz que conceder a alienação fora dos casos e sem as formalidades do artigo antecedente, ou não providenciar a sub-rogação do preço em conformidade com o parágrafo único do mesmo artigo

Artigo 420: O juiz responde subsidiariamente pelos prejuízos que sofrer o menor em caso de insolvência do tutor, de lhe não ter exigido a garantia legal, ou de o não haver removido, tanto que se tornou suspeito

Artigo 421: A responsabilidade será pessoal e direta, quando o juiz não tiver nomeado tutor, ou quando a nomeação não houver sido oportuna

Artigo 1551: Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal: I – o cárcere privado; II – a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má fé; III – a prisão ilegal

Artigo 1552: NO caso do artigo antecedente, o nº. III só a autoridade, que ordenou a prisão, é obrigada a ressarcir o dano.

Porém, com a entrada em vigor do Código de 2002, dois artigos restaram tal responsabilização, sendo o primeiro expresso nos termos do artigo 43, que roga:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Trata-se, pois, da mesma regra que constava do Código de 1916, quanto às pessoas jurídicas, prescrevendo que as pessoas jurídicas de direito público interno são responsáveis por seus agentes. Não traz nada de novo em relação ao que já está na Constituição. Apenas restringe o conceito de responsabilidade às pessoas jurídicas de Direito Público, quando a Constituição se aplica a todas as pessoas jurídicas que exercem atividade ligada ao serviço público; mas esta restrição do Código Civil não prevalece diante do que está na Constituição.

O artigo 1744 do Código Civil, sucedâneo do artigo 421 do CC de 1916, manteve, contudo, um caso de responsabilidade direta do juiz nomeado oportunamente o tutor. Porém, tal preceito é nitidamente incompatível com o preceituado na Constituição e reproduzido no artigo 43, visto que bate de frente com a responsabilidade direta do Estado, não sendo admitido, conforme letra da lei, a responsabilização direta do magistrado; mas sim, este somente poderá ser acionado por via de regresso, demonstrado sua culpa ou dolo. A doutrina aponta inclusive ser tal preceito contraditório ao próprio sistema do estatuto substantivo, porque se choca com o artigo 43 da lei material; que exige a demonstração de dolo ou culpa, em ação regressiva, não podendo ser assim o magistrado pessoal e diretamente acionado.⁴⁹

Para sistematizar a questão, sobre os preceitos do Código Civil de 1916, dos quais restou apenas o reflexo do artigo 421 (notadamente o artigo 1744) Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR (1998, p. 37) ensina que:

[...] já soavam diferentes as regras do Código Civil, editadas ao tempo em que predominava a doutrina regaliana e ainda à sombra de nossa longa tradição, mantida pelas Ordenações, de responsabilidade direta do juiz. Os preceitos da lei civil, não há como negar, batem de frente com o princípio da responsabilidade direta do Estado, pois expressamente assinam ao juiz a responsabilidade principal (artigo 421); única (artigo 1552) ou subsidiária (arts. 294 e 420). Nessa parte, devem ser considerados revogados a partir da Constituição de 1946. Valem, porém, como referencial legal para a responsabilidade regressiva.

⁴⁹ Sobre a questão LOUREIRO FILHO (2004, p. 147); NANNI. (2000, p. 125) e AGUIAR JÚNIO (2004, p. 5-7).

3.1.4.1.3 Código de Processo Penal

LOUREIRO FILHO (2004, p. 143-144) dispõe que:

[...] de todas as espécies de prestação judicial defeituosa consideradas em seu sentido mais amplo, sem sombra de dúvidas apresenta-se como a mais clamorosa injustiça e mais gritante aos auspícios do senso médio, o do erro judicial criminal. A liberdade (e por certo a vida nos ordenamentos que adotam a pena capital), constitui o bem mais importante do indivíduo, constituindo a esfera nuclear de seus direitos e interesses, indisponíveis a qualquer título. A tutela deste precioso bem constitui a origem da reparação por erro judiciário em todos os tempos e em todos os ordenamentos.

O dispositivo processual previsto no artigo 630 se filia ao instituto da revisão criminal, que são cabíveis nos processos findos:

Art. 630 - O Tribunal, se o interessado requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos; §1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se tiver sido pela respectiva justiça; §2º A indenização não será devida: a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver sido meramente privada.

Com a promulgação de nossa atual Carta Magna, o artigo 5º, em seu inciso LXXV, conforme visto no item anterior, confirmou a necessidade de reparação do dano trazido por erro judicial nestas condições, porém, sub-rogou parte da letra do dispositivo processual penal, uma vez que o entendimento predominante atual é que o ressarcimento abrange as hipóteses de prisão indevida sem condenação; condenação indevida sem prisão; e condenação indevida com prisão, sendo irrelevante a origem pública ou privada da ação penal; bem como passou a inexigir a desconstituição prévia do julgado criminal, descaracterizando, por fim, a aparente discricionariedade do ato de ressarcir que a expressão *poderá* ensejava.

3.1.4.1.4 Código de Processo Civil

A primeira regulamentação está prescrita no artigo 485, incisos I e II, que regula a anulação de sentença em ação rescisória; este dispositivo prevê o ressarcimento nos casos de erro, prevaricação, concussão, corrupção, impedimento ou suspeição do magistrado⁵⁰.

Mas certamente reside no artigo 133⁵¹ as maiores repercussões no diploma processual acerca da responsabilidade do magistrado por seus atos, a medida em que prevê a responsabilidade subjetiva nas hipóteses de dolo ou fraude, bem como de denegação de justiça. O texto do artigo, inspirado no artigo 55 do Código Processual Civil Italiano (conforme a seguir demonstrado), é o mesmo reproduzido na lei complementar 35 de 79 (Lei Orgânica da Magistratura).

Pondera-se, conforme já visto, que a responsabilidade pessoal ali prevista não afasta de sobremaneira a responsabilidade objetiva do Estado, ao contrário, a complementa. A disciplina do diploma adjetivo traz casuística de atos praticados pelo juiz (ou não) revestidos de maior gravidade. Segundo LOUREIRO FILHO (2004, p. 148):

[...] este é o entendimento do seu inciso I ao dispor sobre a fraude ou dolo, bem como as hipóteses de comportamento omissivo do inciso II. Ambas figuram crimes funcionais graves, e não meras falhas anônimas ou culposas ocorridas no desempenho da atividade. Nos demais casos, qual seja, da conduta culposa, do ato danoso lícito e da falha anônima, vale a disciplina da responsabilidade estatal, direta e objetiva. E citando Juarez Silva a matéria de responsabilidade pública é estranha à codificação adjetiva civil (que de maneira alguma poderia tratar a matéria), somente podendo ser disciplinada pela Constituição e quando muito em Lei Orgânica.

Em relação a eficácia deste dispositivo, vale a lição de Juarez SILVA (1985, p 210-211)

[...] a responsabilidade pessoal do juiz porém o faz de modo casuístico, só abrangendo hipóteses de exercício anormal de jurisdição, não as falhas comuns do serviço judiciário. De feito, configuram crimes ou falhas funcionais gravíssimas as hipóteses enunciadas no texto: procedimento com dolo ou fraude, recusa ou omissão ou retardo de providência. Mas na

⁵⁰ Reza o artigo 485 do CPC “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente. §1º – Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.”

⁵¹ Artigo 133 – Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo Único: reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no n. II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias.

verdade, esse preceito não erige responsabilidade nenhuma, antes pelo contrário, dificulta, ao restringi-la, bem como ao vinculá-la a medidas a serem tomadas pelo escrivão no caso do artigo II.⁵²

Saliente-se que a respeito de tal responsabilização, em face suas decisões, não se pode responsabilizar o magistrado pelas decisões que tome, quando se trata de simples erro de apreciação ou de interpretação. Os únicos casos nos quais suas responsabilidades são admitidas, são os que demonstrem uma negligência muito grave, uma falta muito séria de comportamento de cunho inaceitável, que um magistrado normal e razoavelmente diligente não cometeria. Como exemplo de negligência grave, o diploma processual traz a demora excessiva para julgar uma causa.

Outros dispositivos da lei adjetiva aludem à responsabilidade do juiz, seja relação à restituição de despesas indevidamente suportada pela parte (artigo 29), ou em razão do descumprimento dos prazos previstos em lei⁵³.

Ressalte-se por fim, de acordo com ensinamento de DELGADO (1988, p. 344-345), que em hipótese alguma o reconhecimento da responsabilidade do magistrado deve vulnerar sua independência, nem conduzir em si, a uma revisão do processo entre as partes, salvo quando a lei o autorize expressamente.

3.1.4.1.5 Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN)

A lei complementar 35 de 14 de março de 1979 em seu artigo 49 nada acrescentou de importante na questão relativa à responsabilidade civil do Juiz, pois se limitou a repetir o conteúdo do artigo 133 do CPC. A única contribuição efetiva foi que, em sentido hierarquicamente superior ao Código de Processo Civil, veio a abranger a responsabilidade civil do Estado por atos praticados pelos Juízes a todo e qualquer tipo de demanda.⁵⁴

⁵² Neste sentido, o que ocorre é uma eficácia irreal do dispositivo em questão trazida, primeiro em relação aos problemas de ordem prática advindos aos advogados que se indispõem contra o cartório; e segundo, trazido pelo parágrafo único da denúncia ser prestada perante ao escrivão, sabidamente funcionário subordinado ao juiz, ou ainda, com estreita proximidade profissional e-ou pessoal com este.

⁵³ Notadamente os artigos 189, 190, 193, 198 e 199 CPC.

⁵⁴ Artigo 49 “Responderá por perdas e danos o magistrado quando: I – No exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – Recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento das partes. Parágrafo Único – Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II, somente depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias.”

3.1.4.1.6 Lei de Abuso de Autoridade

A quase despercebida Lei n. 4898/65, regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal nos casos de abuso de autoridade, entendido como o ato praticado por agente do poder público (autoridade) que exorbita dos poderes concedidos pela lei, violando frontalmente suas prescrições.

O artigo 6º da Lei 4898/65, estabeleceu que “o abuso de autoridade sujeitará o seu autor à sanção administrativa, civil e pena”. O §2º do artigo em questão preconiza que “a sanção civil, caso não seja possível fixar o valor do dano, consistirá no pagamento de uma indenização [...]”.

A autoridade que trata a presente Lei é qualquer pessoa que exerce cargo, emprego ou função pública, sendo estas de natureza civil ou militar, ou ainda que transitoriamente e sem remuneração.

Erigiu-se, como importante garantia constitucional da liberdade do cidadão, o direito de só ser legitimamente preso ou julgado criminalmente por juiz competente, mas no exercício regular da atividade jurisdicional, é possível que o juiz exorbite dos poderes que a lei lhe atribui, como pode ocorrer nos seguintes exemplos: decretar a prisão sem obedecer aos limites impostos pela lei; negar a fiança quando a lei não a proíbe; julgar à revelia o réu, quando só poderia ser julgado estando presente; estender a decisão do recurso beneficiando a parte que não recorreu da sentença.

A eclosão dessas violências representa o mau funcionamento do serviço judiciário, propiciando a responsabilidade estatal na reparação do dano concreto, com fundamento no preceito constitucional, assegurada a ação regressiva ao causador do dano.

No Brasil, vários diplomas legais procuram regulamentar a responsabilidade do Estado-Juiz, mas estes, em sua maior, por serem anteriores à Constituição Federal, passaram a ser submetidos as suas diretrizes, sub-rogando-os. Assim, todos os textos alusivos a responsabilidade civil dos agentes públicos passaram a ser submetidos à normas estabelecidos no §6º, do artigo 37 da CF.

Segundo Ailton QUEIROZ (2001, p. 132):

[...] é certo que o Legislador Constituinte de 1988 protegeu de forma demasiada o Agente Juiz, pois estendeu sobre este seu manto protetor, colocando o Estado como escudo defensor do Juiz [...]; concordamos plenamente que o Estado age em nome de todos; este “todo” deve responder pelos males provocados a um

cidadão que sofreu isoladamente o peso dos malefícios apreciados por um erro judicial [...]. Nossa posição diverge é na questão do protecionismo exacerbado à Magistratura em detrimento do dano sofrido pelos cofres públicos, porque na maioria das vezes, a ação de regresso do Estado contra o agente faltoso não acontece, e o povo, que mantém o Estado através dos impostos, acaba por pagar por um erro isolado de uma classe que recebe do poder Estatal este abrigo no exercício de suas funções.

3.1.4.2 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal Acerca do Tema

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Magna Carta, pouco tem se manifestado acerca do tema em estudo. Acredita-se que em razão de prosperar em solo pátrio ares da irresponsabilidade pelos atos judiciais, poucas demandas em juízo versam neste sentido.

E para diminuir os pleitos desta natureza, assentou sua jurisprudência no sentido de que o Estado não é responsável pelos atos jurisdicionais, invocando o argumento já mencionado que, em não havendo disposição legal e específica para isto, não há de se falar em responsabilidade.

Vejam alguns acórdãos da Suprema Corte, que trazem julgados expressos exatamente neste sentido⁵⁵:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. CF. Art. 37, §6º. I – Da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do STF. II – Decreto judicial da prisão preventiva não se confunde com erro judiciário. CF art. 5º, LXXV, mesmo que o réu, ao final da ação penal venha a ser absolvido. III – Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido. (STF – 2T – RE 429518 – Rel. Min. Carlos Velloso – DJ 28.10.2004 p. 49).

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ATO DO PODER JUDICIÁRIO. O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo nos casos expressamente declarados em lei. Orientação assentada na Jurisprudência do STF. Recurso conhecido e provido. (STF – 1T – RE 219117 / PR – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJ 29.10.1999, p 20).

⁵⁵ Ainda neste sentido os julgados publicados nas RTJ 39/190; 56/273; 59/782; 94/423.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ATO DO PODER JUDICIÁRIO – A orientação que veio a predominar nesta Corte, em face das Constituições anteriores a 1988, foi a de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do poder Judiciário, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do STF. Recurso extraordinário não conhecido (STF – 1T – RE 111609 / AM – Rel. Min. Moreira Alves – DJ 19.3. 1993, p 4281).

É flagrante a disparidade do argumento utilizado com o texto constitucional. Conforme já apontado, o artigo 37, §6º da CF traz a responsabilidade do Poder Público, de forma objetiva, em face a qualquer ato de agente público que venha a propiciar lesão; não fazendo nenhum juízo de exceção; portanto, o entendimento deveria ser no sentido de incluir os atos praticados pelo Judiciário.

Sobre tal posicionamento, notável o pronunciamento de COTRIM NETO (1993, p. 52), em que a crítica dirige-se “[...] porque não podemos compreender a razão de ser de qualificar o juiz como órgão de soberania e o Judiciário como Poder Soberano, e não situar, no mesmo plano, o legislador e os demais funcionários públicos, afinal, todos são agentes do poder público.”

3.1.5 Direito Estrangeiro (responsabilização)

Para SACCO (2001, p. 29), a ciência do direito comparado, no sentido jurídico do termo, tem como objeto extrair do conjunto das instituições particulares uma base comum, ou, pelo menos, pontos em contato capazes de trazer à luz a unidade fundamental da vida jurídica universal.

Desta feita, o direito comparado se torna de grande valia aos estudiosos, que por intermédio da legislação alienígena e de sua aplicabilidade, contrastam o dispositivo legal estrangeiro ao ordenamento nacional. Legisladores, a doutrina e a jurisprudência, têm nesse campo, grandes avanços; e no presente estudo, são trazidos alguns apontamentos acerca da responsabilidade do Estado-Juiz em alguns ordenamentos, para exatamente demonstrar até que ponto estamos atrasado- ou não - em relação as modernas teorias de responsabilização do ato judicial.

3.1.5.1 Inglaterra

O *Crow Proceedings Act*, de 1947, prevê a imunidade da Coroa britânica no tocante a danos cometidos por qualquer pessoa que estava desempenhando funções judiciais ou executando procedimentos judiciais. Importante, contudo, salientar, a distinção feita entre juízes de paz e o restante da judicatura, visto que na magistratura inglesa são poucos os juízes profissionais, com dedicação exclusiva, eleitos após preencherem os requisitos exigidos. Por outro lado, existem inúmeros juízes de paz nomeados, sem que necessariamente conheçam o direito e, salvo algumas exceções, com atuação de tempo reduzido.

Na Inglaterra não existe juiz de carreira, na medida em que, com exceção dos juízes de paz, todos os demais chegam a judicatura através da advocacia. Porém, sendo indicados ocuparão antes o órgão de primeira instância.

Segundo SENTO-SÉ (1987, p. 132-133), em ambos os casos, toda pessoa que exerce poderes judiciários, agindo no limite de sua competência jurisdicional, não pode ser responsabilizada civilmente pelo ato praticado. Porém, a distinção entre *Supreme Court of Judicature* e *House of Lords e Privy Council* tem conseqüências quanto a responsabilidade do magistrado, visto que, enquanto nesta última os membros são favorecidos com a presunção de que agem sempre no limite de sua competência jurisdicional, os membros das jurisdições inferiores devem provar que exerciam tal competência.

De uma forma ou de outra, não se admite responsabilidade do Estado por ato judicial; aqui a responsabilidade é sempre pessoal.

3.1.5.2 Estados Unidos

Sob o princípio da *immunity from civil liability* os Estados Unidos da América adotam a irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, uma vez que priorizam o funcionamento da Justiça.

Tal entendimento ficou evidenciado, segundo AROCA (1988, p. 26-27):

[...] no caso *Bradley v. Fisher*, de 1872, decorrente do assassinato do presidente Lincoln, no qual o primeiro funcionou como advogado do réu e o segundo foi o juiz. Além da condenação imposta ao réu, o advogado teria sido expulso do

chamado colégio de advogados por suposta ofensa ao juiz. Negando a existência do insulto, o advogado acionou civilmente o juiz, com a pretensão de ver reconhecido o direito à indenização, devido aos danos sofridos com a expulsão [...]. Apreciado o caso pela Suprema Corte, esta decidiu que todo juiz com competência geral estava dotado de irresponsabilidade absoluta, independentemente de ter havido ou não o dolo na prática de seus atos – visto que julga de acordo com o que normalmente pode o juiz julgar.

No sistema norte-americano, assim como no inglês, também há responsabilização somente quando o juiz atuar na ausência de jurisdição, isto é, quando decidir sem ter competência material para fazê-lo.

Além desta hipótese, uma lei de 1938 também previa a possibilidade da vítima de condenação criminal injusta faz jus a uma indenização paga pelo Estado. E mesmo com grande movimento por parte da sociedade para abolição da imunidade estatal, principalmente após 1957, o movimento não atinge o que tange a responsabilidade judicial.

Percebe-se assim, que nos países do Sistema da *Common Law* a irresponsabilidade é a regra, somente recaindo – enquanto exceção – na figura dos agentes, em circunstâncias específicas. Cobra-se assim, uma maior responsabilidade política por parte dos magistrados, embora sem aplicação freqüente, é dotada de força admoestatória, com repercussão em seu comportamento.

De acordo com CAPPELLETTI (1989, p. 38-39, 70):

[...] mais importante ainda é o fato de que, mediante este procedimento, raramente aplicado mas sempre presente, atenua-se, embora não se elimine, o risco do isolamento do juiz como indivíduo, e do Judiciário em geral, perante o restante do sistema político da sociedade. Ressalta-se que, justamente estas formas de responsabilidade civil (e talvez, também da penal) tenham, no seu conjunto, atuado nos países da *Common Law* de forma mais rigorosa do que em muitos países da *Civil Law*.

E continua ao esclarecer que:

[...] permanece o conservadorismo nesses países, quanto à responsabilidade civil dos juízes, vez que, no sistema da *Common Law*, ainda não se solidificou a forma de responsabilidade substitutiva do Estado, seja exclusiva ou concorrente, referente a danos provenientes da atividade judiciária [...] e isto, para melhor se compreender os modelos, deve-se atentar que nos países da *Common Law* o tipo de judiciário diverge por natureza, prestígio e modo de seleção, do tipo de magistratura de “carreira” da *Civil Law*. Ressalta, também, que nos países da *Common Law* há outras manifestações de responsabilidade, como a política e a social, que substituem as formas tradicionais de controle de comportamento socialmente censurados.

3.1.5.3 O Sistema da Civil Law

Diferentemente dos ordenamentos até agora estudados, os países que têm seu ordenamento lastreado no sistema da *Civil Law* apresenta maior tendência a responsabilidade estatal da atividade judiciária, e desta maneira, o juiz não está imune de responder na atuação de sua função. Há contudo, grande preocupação no sentido de conciliar responsabilidade de julgar com a independência do julgador – elemento essencial para o exercício da função.

Desta maneira, segundo MONTERO AROCA (1988, p. 29-30), as limitações impostas surgem como consequência dessa forma conciliatória:

- a) material: referindo-se ao direito substantivo, ante a evidência que o juiz não pode submeter-se a responsabilidade geral, ou seja, aquela a que todos estão sujeitos e é decorrente da aquiliana. As legislações preconizam um modelo especial de responsabilidade, por não admitirem que qualquer erro possa conduzir a uma provável indenização.
- b) processual: considera que o ofendido pela atuação do juiz possa diretamente acioná-lo pretendendo a reparação, situação que é inaceitável por muitas legislações, ou que a ação indenizatória seja ajuizada contra o próprio Estado, assegurando-se o direito de regresso contra o causador do dano, como acontece na França e Alemanha. Neste caso, não haveria propriamente uma limitação, mas como a responsabilidade processual pode ser exercida.

Com a evolução da teoria da responsabilidade, trazida por estes ordenamentos, cada vez mais a imunidade ou irresponsabilidade é esvaziada.

Passemos à análise de cada legislação:

3.1.5.3.1 França

A responsabilização do Estado na França dependia de uma lei que instituísse, pois os tribunais judiciais franceses, durante muito tempo, sustentaram inexistir a responsabilidade estatal. Essa possibilidade foi aberta em duas hipóteses, conforme relata DERGINT (1994, p. 39):

[...] a primeira (estabelecida pela lei de 8 de junho de 1895) era do erro judiciário em matéria criminal ou correcional, desde que reconhecida à incidência do condenado em sede de revisão (podendo o estado, conforme o

caso, exercer ação de regresso contra a parte civil, a falsa testemunha ou o denunciador); a segunda era a de jurisdicionado obter a decisão favorável no difícil processo da *prise à partie*.

Antes de uma análise do regime em si, deve-se ressaltar que a atividade judiciária na França não é instituída como um poder independente e autônomo, não existindo portanto, um poder judiciário, mas um órgão a serviço do poder executivo, sendo os magistrados por esses nomeados, percorrendo uma carreira, com ascensão seguindo-se graus e hierarquia, mediante critérios de seleção e antiguidade.

A responsabilidade pessoal do juiz na França dependia do instituto da *prise à partie*, oriundo dos duelos que podiam ser travados entre juiz e parte⁵⁶.

E da jurisprudência, tal instituto passou para o direito intermediário, chegando ao Código de Processo Civil; disciplinado nos artigos 505 a 516 do *Code de Procédure Civile* de 1806, que vigorou para os magistrados até o século passado, quando entrou em vigor a Lei n. 58-1270, de 1958, que estabeleceu o *Statu de la magistrature*, sendo posteriormente aperfeiçoada pela Lei 79-43, de 1979.

A responsabilização pelo *prise à partie*, regrada pelo artigo 505 do Código Processual Francês, era possível nos casos de dolo, fraude, concussão, denegação de justiça e erro grosseiro profissional, sendo esta última possibilidade introduzida por meio da Lei de 07.02.1933. Esta podia ser movida contra todos os juízes – não obstante o grau da carreira – tanto individual como perante câmara de tribunal ou tribunal pleno.

A responsabilidade – se reconhecida – recaía sobre o Estado que movia ação regressiva contra o juiz que desse causa ao evento danoso.

O princípio da responsabilidade do Estado pelo funcionamento defeituoso do serviço da justiça encontrou plena consagração na Lei de 5 de julho de 1979, porque partindo de um princípio de irresponsabilidade atenuado por exceções, a evolução veio resultar uma situação inversa: uma responsabilidade de princípios, mas acompanhada de limitações.

Referida lei relativa à reforma do Código de Processo Civil, definiu a responsabilidade civil do juiz – artigo 11 – na prática de atos que consubstanciassem erro ou culpa, fraude *personnele*. Corolário dessa reforma foi a supressão do ordenamento da *prise à partie* – que segundo os doutrinadores era mais uma ficção que realidade, dado que o procedimento era constituído de tal modo a desencorajar o seu exercício, e por isto, raramente utilizado na prática, não tendo durante sua vigência, sucesso.

⁵⁶ A expressão se originou no século XV e lembrava o direito germânico onde a parte podia desafiar o juiz ao duelo. Como a locução se encontra no participio passado, significa atacado, acionado.

Entretanto, o artigo 16 dessa mesma lei, determinou que o regime da *–prise à partie* - continuaria a ter aplicação até a entrada em vigor de dispositivo que regulasse a responsabilidade dos magistrados em razão de culpa pessoal; o que só fora regulamentado em 1979, com a promulgação da Lei Orgânica n. 79-43, restando disciplinado que o magistrado de jurisdição ordinária somente responde pessoalmente nos casos de culpa pessoal⁵⁷; e que tal ação de responsabilidade não poderia ser exercida senão contra o Estado, sendo de competência da Corte de Cassação a ação de regresso contra o juiz⁵⁸.

Porém, os juízes de jurisdição especial ainda não contam com regulação específica acerca de seu regime de culpa pessoal, e portanto, ainda estão sujeitos ao regime da *prise à partie*.

3.1.5.3.2 Itália

Não diferentemente da França, a legislação acerca da responsabilidade jurisdicional do Estado na Itália é confusa. Para melhor compreensão, para fins didáticos, divide-se em três fases, partindo-se do preceito indicado na Constituição de 1947, em seu artigo 28 “os funcionários são diretamente responsáveis, segundo as leis penais, civis e administrativas, pelos atos praticados de violação de seus direitos. Nesses casos, a responsabilidade civil estende-se ao Estado e às entidades públicas”.

Segundo MONTERO AROCA (1988, p. 35-43), a primeira fase inclui o período que se prolonga até novembro de 1987, época em que ocorreu o referendun popular nacional. Prevalencia o texto do artigo 28, mas a Corte Constitucional, em decisão proferida em 1968, uniformizou o seguinte entendimento: a) a expressão de funcionários abrangia também os magistrados; b) permitiu que se estabelecesse um regime especial aos funcionários, distintamente do prescrito no Código Civil; c) autorizou o legislador a instituir um regime especial para os juízes, ante o privilégio que possuíam, pois a responsabilização era restrita aos casos de fraude, dolo e concussão.

⁵⁷ A culpa pessoal em referência resulta de uma transgressão dos deveres que a lei lhe impõe e não pode ser deduzida de um possível erro na valoração dos fatos e na interpretação da lei, nem de eventual iniquidade no judicial.

⁵⁸ CAPPELLETTI (1989, p. 54) esclarece que trata-se, obviamente, de uma solução com vistas a criar “escudo” à tutela da independência judicial; em realidade, deseja-se proteger o juiz contra ações intimidatórias ou perturbatórias por parte de litigantes insatisfeitos ou maliciosos, não obstante oferecendo, ao mesmo tempo, às vítimas de procedimentos judiciais ilícitos a melhor garantia de efetiva reparação dos danos sofridos.

As críticas e pressões políticas que levaram ao referendun, fato que inicia a segunda fase, e que resultou na ab-rogação dos artigos 55, 56 e 74 do Código de Processo Civil vigente até então, que rezavam a responsabilidade civil do juiz quando, no exercício de suas funções, agisse com dolo ou fraude ou concussão, ou quando sem justo motivo, recusasse, omitisse ou retardasse a providência requerida pela parte ou que devesse tomar de ofício, dependendo nessa hipótese de prévio requerimento ao juiz, não atendido no prazo de dez dias. O artigo 55 é basicamente a reprodução do antigo artigo 78 do CPC italiano de 1865, com pequenas alterações. No entanto, para o exercício do direito de demandar a declaração de responsabilidade do juiz, era necessária a prévia autorização do Ministro da Justiça, segundo depreende-se do artigo 56 do Código Processual, o que gerava um grande entrave na utilização dessa faculdade legal.

O também ab-rogado artigo 74 tratava sobre a responsabilidade dos integrantes do ministério público, que na Itália também possuem o título de magistrados.

O previsto no artigo 55 era considerado como uma enumeração taxativa das hipóteses de responsabilidade civil do juiz porque o enunciado do artigo, antes de gizar as possíveis formas de responsabilização empregava o termo *soltanto* (somente), dando azo ao entendimento de ser exaustiva a enumeração, não comportando ampliação.⁵⁹

Em todo caso, com certeza, não se estava diante de uma absoluta responsabilização judicial civil, uma vez que a obrigação de responder decorria do ato constituir-se delito; logo, a responsabilização era penal, com conseqüência civil. Contudo, a importância de tal período está exatamente na superação do entendimento de exclusão da responsabilidade do Estado pelo exercício da função jurisdicional.

A segunda fase, conforme já mencionado, diz respeito ao referendun popular nacional, devido principalmente a pressão da opinião pública italiana, objetivando modificar o critério de responsabilidade civil do juiz, acrescentando aos casos tradicionais a culpa grave.

Contando com quase vinte milhões de votos, revogou-se os artigos que ensejaram as críticas, dando fim ao período considerado como carente de responsabilidade e profissionalismo por parte dos magistrados.

A terceira fase iniciou-se com a edição da lei 117 em 1988, regulando a indenização por danos causados no exercício da função judicial, além da responsabilidade civil dos magistrados.

⁵⁹ Interessante ressaltar que com exceção da necessidade de prévia autorização ministerial, verifica-se no artigo 133 CPC brasileiro e artigo 49 da LOMAN são fiéis reproduções do artigo 55 do Código Processual Italiano; considera-se ainda que o brasileiro não é taxativo, pois não apresenta a expressão “somente”.

Dispõe o artigo 1º do diploma legal o âmbito da aplicação da lei, todos aqueles pertencentes à magistratura ordinária, administrativa, contábil, militar e especial que exercitam a atividade judiciária, independentemente da natureza da função, assim como aos estranhos que participem do exercício da função judicial, aplicado-se também aos magistrados de órgãos colegiados.

O artigo 2º estabelece que quem sofreu um dano injusto em consequência de um comportamento, de um ato ou de uma decisão judicial praticada por um magistrado, com dolo ou culpa grave, no exercício de suas funções ou por haver denegação de justiça, pode agir contra o Estado para obter o ressarcimento dos danos patrimoniais e também não-patrimoniais que derivem da privação da liberdade pessoal.

O inciso II do mesmo artigo ressalta eu no exercício das funções judiciárias, não pode dar lugar à responsabilidade a atividade de interpretação de normas de direito, nem aquela de avaliação de fatos e provas.

Os casos gerais de culpa grave, embora incorram em alguns problemas de interpretação, constam do artigo 3º da lei: a) a grave violação da lei determinada por negligência inescusável; b) a afirmação determinada por negligência inescusável, de um fato cuja existência é incontrastavelmente excluída pelos atos do procedimento; c) a negação, determinada por negligência inescusável, de um fato cuja existência resulta incontrastavelmente dos atos do procedimento; d) a emissão de medida concernente à liberdade da pessoa, fora dos casos consentidos pela lei ou sem motivação. Relativamente à última hipótese, havendo privação da liberdade, o pressuposto da indenização se reporta aos danos patrimoniais como aos não patrimoniais.

Sob a rubrica de denegação de justiça, o artigo 3º defini-a constituindo denegação a recusa, a omissão ou o atraso do magistrado no cumprimento de atos de seu ofício quando, transcorrido o prazo legal para o cumprimento do ato, a parte apresentou pedido para obter a medida e decorreram inutilmente, sem justificado motivo, trinta dias da data de depósito em secretaria do pedido voltado a obter a medida.

O artigo 4º, I estabelece a competência da ação de ressarcimento e nos subseqüentes incisos pauta exigência para seu exercício; tendo o inciso II estabelecido o caráter subsidiário da ação de reparação, visto a ação de ressarcimento do dano contra o Estado só poderá ser exercida quando tenham sido utilizados os meios ordinários de impugnação ou outros remédios possíveis; e continua proclamando o prazo decadencial de dois anos a partir do momento em que a ação pode ser exercida; por fim, o inciso III indica que a ação pode ser exercida, decorridos três anos da data do fato que causou o dano, se em tal prazo, não se concluiu o grau do procedimento no

âmbito do qual o próprio fato verificou-se. O artigo 5º refere-se à admissibilidade da demanda, e o artigo 6º veda que o magistrado que praticou o ato seja chamado à causa, podendo entretanto, intervir em qualquer fase ou grau do processo, o qual será comunicado pelo presidente do Tribunal quinze dias antes da audiência inicial.

O Estado deve exercer a ação de regresso, contra o magistrado, dentro de um ano do ressarcimento, conforme estabelece o artigo 7º, firmando ainda que os juízes conciliadores e populares somente respondem no caso de dolo.

O artigo 8º reza a competência de ação de regresso e estabelece também um limite à medida de regresso que não poderá superar uma soma de um teço do salário líquido de um ano percebido pelo magistrado ao tempo da prática da ação danoso; mesmo que o fato decorra de um dano a várias pessoas e estas interponham distintas ações – contudo, tal limite não será aplicado se o fato for contido com dolo.

Com relação aos órgãos colegiados, há certa perplexidade, pois a lei italiana, no artigo 16, determina que de suas deliberações sejam redigidas um relatório sucinto, e que, havendo eventual divergência, o voto seja brevemente motivado, mas que será mantido em caráter secreto na secretaria do Tribunal; isto para que possa ser individualizada a responsabilidade em caso de dano injustamente causado resultar de inobservância de obrigações de sua específica competência.

Diante do que se depreende do texto legal em vigor na Itália, todos os magistrados e afins que exerçam atividades jurisdicionais, estão submetidos à mencionada lei e poderão seus atos e suas omissões sofrerem demandas visando reparação.

Certamente é um modelo do qual se pode extrair lições a serem aplicadas em âmbito de responsabilidade civil dos juízes.

3.1.5.3.3 Alemanha

Percussora da idéia moderna de responsabilidade do Estado por atos Judiciais, à legislação alemã está assentada, basicamente, nas seguintes normas a saber: artigo 34 da Constituição de Bonn; o 839 do BGB (Código Civil), bem como o complemento do §78 do BGB; e a lei que dispõe sobre responsabilidade do Estado, de 1981.

O funcionário público em Geral, segundo o §839, I da BGB, responde pelos danos causados a terceiro, pela violação com dolo ou culpa, de um dever de ofício, limitada essa

responsabilidade se a ação deu-se somente mediante culpa, quando o lesionado não possa obter o ressarcimento de outro modo. Contudo, não lhe é permitido acionar diretamente o funcionário, mas somente o Estado, e esse podendo regressivamente cobrar. Regra esta confirmada pelo artigo 34 da Constituição de Bonn – aplicando-se aos funcionários do Estado de qualquer órgão público.

Em relação ao juiz, porém, permanece a responsabilidade direta do Estado, no caso de violação do dever de ofício direcionado aos funcionários públicos, mas com limitações trazidas pelo §839, II, que determina a responsabilidade na pronúncia de uma sentença, somente pelo dano se fato constituir crime; não se aplicando portanto, aos casos de omissão ou retardo no cumprimento do dever de ofício.

Desta feita, só há responsabilidade na hipótese de conduta típica penal, manifestada na prolação da sentença. Importante ressaltar que a jurisprudência consolidou o sentido de sentença puramente técnico-processual, abarcado somente pelas decisões que terminam a instância (definitivas, parciais ou incidentais); não as demais soluções judiciais (como providências, fixação de prazos, disposição de citação...); para estas últimas, utiliza-se a regra geral do §839, I.

Sintetizando, em relação ao §839, da Lei Civil Alemã, nota-se uma distinção em relação a responsabilidade estatal por atos judiciais: a) quando a violação de um dever de ofício realiza-se por meio de uma sentença em uma controvérsia, a responsabilidade limita-se àqueles casos em que a violação deverá estar sancionada com uma pena impositiva por meio do processo penal correspondente, remetendo-se assim aos artigos 334 e 336 do Código Penal, onde tipificam-se os delitos de aplicação conscientemente errôneo do direito por parte do juiz, prevaricação e corrupção. B) quando a violação do dever de ofício não se realiza por meio de uma sentença em uma controvérsia, aplica-se a regra geral, no qual os funcionários do Estado são responsáveis por atos dolosos ou culposos. Ressalte-se que no caso de culpa, a responsabilidade é somente subsidiária⁶⁰, e se o particular prejudicado pode obter de outro modo o ressarcimento de seu dano, exclui-se a responsabilidade do funcionário.

No direito germânico, aparecem, pois, dois processos possíveis: entre o particular e o Estado; e entre o Estado e o juiz, quando o primeiro exercita a ação regressiva contra o segundo, após indenização ao particular – cujos pressupostos desse regresso vem especificado no §78 da BGB, somente nos casos de dolo ou culpa grave.

⁶⁰ Para CAPPELLETTI (1988, p. 55). “[...] a responsabilidade ressarcitória do juiz é mais limitada que a responsabilidade substitutiva do Estado, pois nesta não existem restrições para a responsabilização, enquanto a outra, para haver ação de regresso, está condicionada à hipóteses de dolo ou culpa grave.”

O notável privilégio posto a favor dos juizes frente aos demais funcionários – no tocante a não incidência de responsabilidade por culpa (ou mesmo na modalidade gravíssima) em face suas decisões terminativas – justifica-se para manutenção da independência no poder de decisão deste órgão.

3.1.5.3.4 Espanha e Portugal

A Constituição Espanhola, no artigo 121, prega que os danos causados por erro judicial, e ainda pelo mal funcionamento da justiça, ocasionarão em direito a indenização da justiça a cargo do Estado, conforme manda a lei. Esta em referência foi promulgada em 1985, correspondente a Lei Orgânica do Poder Judiciário, e em seu artigo 292 regulamentou o dispositivo assegurando a indenização a cargo do Estado, por danos causados a quaisquer bens ou direitos por erro judicial, por consequência do funcionamento anormal da justiça e por prisão provisional ou preventiva.

Porém, em relação especificamente a função do juiz, a constituição em seu artigo 117.1 indica que “A justiça emana do povo e se administra em nome do rei, por juizes e magistrados integrantes do poder judicial, independentes, inamovíveis, responsáveis e submetidos unicamente ao império da lei.”

E em atenção a tal dispositivo constitucional, o artigo 411 da Lei Orgânica do Poder Judiciário afirma que somente responderão civilmente os juizes e magistrados, quando no desempenho de suas funções agirem com dolo ou culpa.

O questionamento acerca da disposição, suscitado por MOTERO AROCA (1990, p. 16), acerca da extensão da culpa. Este entende que deveras ser grave para fins de responsabilização, porém tal posição não é unânime, visto que parte da doutrina não vê limitação alguma ao grau de culpa, no texto legal.

E por fim, em relação a ação interposta pelo administrado lesado, não há limitação processual, podendo ser interposta contra o Estado ou contra o Juiz.

Já em Portugal, em sua Constituição Republicana, no artigo 216, nº. 2, a regra é pela responsabilidade dos juizes em face suas decisões, sendo as exceções expressas em lei; ressalvando-se o exposto no artigo 222, n. 5 afirmando reza “os juizes do Tribunal Constitucional gozam de garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade e estão sujeitos à incompatibilidade dos juizes dos restantes dos tribunais.”

Frente ao exposto o juiz português pode ser condenado no ressarcimento dos danos, mediante um processo especial, nos casos de dolo, culpa grave, denegação de justiça⁶¹ e também quando cometer crime de suborno, corrupção, concussão e prevaricação, não estando prevista a responsabilidade do Estado.

Contudo, o Estatuto dos Magistrados, em seu artigo 5º, nº. 3 indica que a ação pode ser proposta somente contra o Estado, que posteriormente deverá entrar com ação de regresso contra o juiz faltoso.

3.2 Requisitos para Responsabilização pelo Exercício de Atividade Jurisdicional

Ao tratar de responsabilidade objetiva do Estado, conforme já visto, verificou-se que o dever de ressarcir está condicionado à presença de três requisitos: qualidade do agente – do autor – no exercício da atividade pública; a existência de um dano injusto; e o nexo de causalidade. No tocante à responsabilização do Estado-Juiz, espécie do gênero Responsabilidade do Estado, esses requisitos também deverão estar presentes. Aliás, esses mesmos requisitos também configuram a responsabilidade civil do juiz, entretanto, como este não responde objetivamente, deverá ser analisado também o nexo subjetivo, adiante exposto.

Passemos agora a análise de tais requisitos sob a égide da responsabilidade em face a Jurisdição⁶²:

3.2.1 Jurisdição como Serviço Público e a Qualidade de seu Agente

Conforme já demonstrada, não pode haver outro entendimento senão a natureza de serviço público da atividade jurisdicional, eis que se encontra elencada dentre as funções essenciais e exclusivas do Estado, razão pela qual é inquestionavelmente de natureza pública.

⁶¹ Para parte da doutrina a denegação de justiça constitui uma das formas de atividade dolosa do juiz, pois, por ela, o magistrado ou déia de julgar ou atrasa o julgamento ou invoca a inexistência de lei em que se funde, caracterizando-se essa denegação como crime – artigo 416 do Código Penal – e resultando portanto, o direito a indenização para reparação do ofendido.

⁶² Segundo doutrina trazida por LASPRO (2000, p. 171-176).

Aliás, segundo DERGINT (1994, p. 113), se a prestação da tutela jurisdicional é exclusivamente incumbida ao Poder Público, em caráter obrigatório, não podendo os particulares fazerem justiça de mão própria, a prestação jurisdicional configura, inequivocadamente, um serviço público. Isso significa que embora parte da doutrina identifique o serviço público como atividade exclusivamente administrativa do Estado, o fato é que seu conceito não exclui de modo algum a atividade jurisdicional.

E sendo esta considerada essencial à própria soberania, é lógico que os agentes competentes pelo seu exercício, conforme já fora vastamente demonstrado neste trabalho, serão considerados como verdadeiros representantes do Estado, agindo por conta deste. Desta forma, o Juiz enquanto órgão de prestação jurisdicional é sim encarado como servidor público, devendo ser responsabilizado frente ao exercício das funções que exerce.

3.2.2 Dano Injusto

O dano, genericamente considerado, conforme já demonstrado, constitui qualquer prejuízo que o indivíduo sofra em seu direito subjetivo. Na atividade jurisdicional, existindo um litígio entre as partes, é natural que, no momento em que o juiz decide a favor do autor ou do réu, à parte que sucumbiu entenda que sofreu prejuízo “que está sendo injustiçada”. Por óbvio, dessa simples situação, não pode extrair que exista o direito a um ressarcimento.

Para que exista um dano injusto, e portanto ressarcível, é indispensável que a parte demonstre a efetiva lesão a seu direito subjetivo em razão da atividade jurisdicional exercida pelo Estado.

Porém, há um aspecto singular referente ao dano causado por atividade judiciária, visto que, via de regra, é impossível a restauração do estado anterior, a exemplo da prisão indevida.

O dano pode advir de duas situações, embora tenham o mesmo fundamento: quando decorre diretamente da atividade judiciária, e quando deriva do mau exercício da função judiciária.

Referente a este último, o ressarcimento é invocado com base na teoria do risco administrativo, exceto se o prejuízo tiver origem em ato estatal omissivo, hipótese em que é

aplicável a responsabilidade subjetiva. Igualmente há dever ressarcitório se o juiz (agente do Estado), no exercício da função jurisdicional, por omissão, dolo ou culpa, der causa ao dano⁶³.

Segundo CALAMANDREI (2000, p. 10), acerca do dano gerado ao jurisdicionado ser ressarcido civilmente afirma que:

[...] de fato, o juiz, como o mago de fábula, tem o sobre-humano poder de efetuar no mundo do direito as mais monstruosas metamorfoses e dar às sombras aparência eterna de verdade; e, já que em seu mundo sentença e verdade devem acabar coincidindo, ele pode, se a sentença não se ajusta à verdade, reduzir a verdade à medida de sua sentença.

3.2.2.1 Tipos de Danos

Há de se ressaltar a errônea idéia de que dano restringe-se a idéia de diminuição patrimonial de alguém, a exemplo do preconizado por NUNES e CALDEIRA (1999, p. 241), “dano significa estrago; é uma danificação sofrida por alguém, causando-lhe prejuízo. Implica necessariamente, a diminuição do patrimônio da pessoa lesada”.

Porém, muito além do dano material, há de ser considerado ainda a faceta moral que pode advir – ou até mesmo compor a essência – do dano. E neste sentido completam os doutrinadores NUNES e CALDEIRA (1999, p.1), “[...] assim, o dano moral é aquele que afeta a paz interior de uma pessoa, atingindo-lhe o sentimento, o decoro, o ego, a honra, enfim, tudo o que tem valor econômico, mas que lhe causa dor e sofrimento. É, pois, a dor física e ou psicológica sentida pelo indivíduo.”

A forma de reparação distingue esses tipos de lesões, visto que, havendo dano material, o ressarcimento consiste em repor a coisa ao seu *status quo ante* ou possibilitar ao lesado a substituição de outro bem igual ao danificado; concernente ao moral, inexistente esta possibilidade, e a reparação deve ser feita com o pagamento de determinada quantia, arbitrada pelo juiz, de modo a ser compensado o dissabor sofrido.

⁶³ Atualmente, o juiz deixou de ser um simples espectador, e passou a exercer o poder de dirigir o processo investido de maior autoridade, inclusive de iniciativa de pesquisa da verdade. A sua atuação é de neutralidade no sentido desinteressado pelo sucesso de qualquer das partes, prevalecendo o interesse em solucionar o litígio conforme o espírito e a vontade concreta da lei, observando para tanto, a brevidade, economia e remoção de obstáculos processuais.

Em relação à responsabilidade do Estado Juiz, com o advento da Constituição de 1988, a reparação do dano moral passou a ser genericamente considerada como mostra o artigo 5º, em seus incisos V e X.

Saliente-se por fim, que a tipologia dos danos ainda obedece à classificação de lucros cessantes, conforme o prejuízo incidir no patrimônio atual, ocasionando sua diminuição, ou se os efeitos se produziam em relação ao futuro.

3.2.3 Nexos de Causalidade

Segundo MASSARENTE (2001, p. 159),

[...] é princípio aceito que o dano é um pressuposto da responsabilidade. Contudo, para que se imponha ao Estado o ressarcimento, é imprescindível o estabelecimento de um elo entre a conduta (ação ou omissão) de seu agente e o evento danoso. Inexistindo esse vínculo, qualquer que seja o motivo, refoge do Estado o dever ressarcitório.⁶⁴

Conforme já examinado, para que o sujeito tenha direito ao ressarcimento em razão de um dano, é indispensável demonstrar que o dano é produto da ação ou omissão do Estado ou de seu agente. No caso da atividade jurisdicional, deverá a parte demonstrar que o seu prejuízo, moral ou patrimonial, é resultado da ação ou omissão do Estado-Juiz, seja por seu principal agente, o magistrado, seja em virtude da falha da própria estrutura estatal. Sendo assim, necessária a demonstração de que aquela ação ou omissão é adequada à produção daquela situação de perigo (chamada causa adequada, que se torna mais complexa dentro da atividade jurisdicional, visto que no mais das vezes, podem estar presentes diversas causas para ocorrência do dano, que serão analisadas abaixo).

Nos casos de ação ou omissão do agente estatal, é indispensável que se verifique até que ponto o dano foi causado efetivamente pelo Estado ou seu agente, ou produto da ação ou omissão da própria parte, por sua ação ou omissão, conduzindo o resultado danoso.

⁶⁴ Neste sentido jurisprudência TJRS 2 C, Rel Manoel Celeste dos Santos, 16 08 89 RJTJRS 142/245 “[...] quando a lei diz “danos que seus funcionários, nesta qualidade, causarem a terceiros”, implica reconhecer que a causação relaciona o dano com o ato comissivo ou omissivo do agente. Impede que exista um nexo causal entre o fato e o resultado. Se o fato não for tributável diretamente ao agente, não for o efeito etiológico, inexistirá a conseqüente relação de causalidade e responsabilidade. Assim, se o resultado é efeito imediato, direto, do fato, este tem poder de causação daquele [...]”

Portanto, comprovado o nexo de causalidade entre a atividade jurisdicional e o dano, nasce o dever de repor em sua situação anterior, via ressarcimento.

3.2.4 Excludentes da Responsabilidade do Estado por Atos do Estado Juiz

Conforme já verificadas, as causas de excludentes do dever de ressarcir do Estado são expressas. No caso específico da responsabilidade oriunda de atividade jurisdicional, a questão se torna mais complexa, sendo que merece uma análise mais específica, sendo a doutrina responsável pela construção de tal entendimento

Primeira, no que concerne a culpa da vítima, a responsabilização exige que o nexo causal seja eficaz à produção do dano. Na hipótese em questão, embora o dano tenha sido produzido por uma ação ou omissão no exercício da jurisdição, verifica-se que a vítima contribuiu para o evento. Em outras palavras, em razão da ação ou omissão da própria vítima, o juiz agiu ou deixou de agir de forma adequada, incorrendo no erro que gerou o dano.

Com efeito, deve-se verificar se a culpa da vítima isoladamente tratada seria ou não de modo concreto e indiscutível a causa única do dano produzido. Assim, deve-se recorrer a uma valoração proporcional das causas do dano, para concluir se, efetivamente, a responsabilidade é exclusiva, e de certa forma, se existiu uma concorrência de culpas, devendo aqui o Estado e o Juiz responderem na proporção de seus atos.

Em relação à segunda forma de exclusão da responsabilidade, força maior e caso fortuito, conforme já examinado dentro da responsabilidade genérica extracontratual do Estado, enquanto fato externo e irresistível à atividade estatal, não tem grande importância dentro do estudo da responsabilidade do Estado oriundos da atividade jurisdicional. No tocante a estas excludentes, é importante ainda ressaltar que o fato externo deve ser apto, por si só, a romper o nexo de causalidade, além das características de irresistibilidade e imprevisibilidade.

Com efeito, o estado de necessidade trata de situação excepcional em que, em razão do interesse público ou da coletividade, o interesse do particular sofre restrições, sem que nasça o direito ao ressarcimento, a menos que o direito a este esteja expressamente previsto (como por exemplo, de desapropriações). Importante ressaltar que, o estado de necessidade, enquanto excludente do dever de ressarcir pelos prejuízos causados, é

excepcionalíssimo e somente admissível em situações de grave distúrbio social, por exemplo, estado de sítio e estado de defesa. Não podendo, portanto, o juiz exercer uma atividade criadora do direito, sob o manto do estado de necessidade – respondendo nos casos que desta forma agir.

O fato de terceiro, no caso da atividade jurisdicional, deve ser examinado com muita atenção enquanto excludente. O terceiro na relação Estado-jurisdicionado é uma figura sempre presente, mormemente nos casos de jurisdição contenciosa, em que a atividade jurisdicional se envolve entre duas partes antagônicas entre si.

Assim é que, muitas vezes, o juiz aplica incorretamente a norma causando prejuízos a uma das partes envolvidas, em razão de atos ou omissões maliciosas da parte contrária. Nessas hipóteses, não se pode admitir que a responsabilidade do Estado ou do Juiz seja automaticamente excluída, recaindo somente sobre aquele que, em uma análise superficial, teria induzido a erro o julgador. Com efeito, não há dúvida que este terceiro deva ser responsabilizado, porém o Estado e o juiz solidariamente devem ressarcir a vítima pelos prejuízos causados.

Segundo LASPRO (2000, p. 186) por vezes, os auxiliares da justiça (que prestam relevantes serviços à atividade jurisdicional) acabam induzindo o magistrado a erro, cabendo meramente ao magistrado cancelar o que fora afirmado. Ainda assim, nestas hipóteses, não está afastada a responsabilidade, visto que em última análise o auxiliar da justiça deve ser considerado como agente do Estado, e quem efetivamente causou o dano foi o juiz ao proferir a decisão, vez que somente esta é que produz reflexos no mundo jurídico.

A bem da verdade, o ato de terceiro somente poderá ser considerado como excludente do dever de ressarcir naquelas hipóteses em que efetivamente o dano origina-se da culpa exclusiva do terceiro e que, pelo fato de ser completamente inesperada, não poderia ser obstaculizada pelo Estado. E aqui, importante se faz uma análise mais pormenorizada acerca dos vícios de consentimento.

Conforme já exposto, tanto o juiz como o Estado, nos limites legais, podem responder pelos danos causados em virtude do exercício da atividade jurisdicional. Ocorre que, muitas vezes, embora o ato jurisdicional possa ser considerado um erro judiciário, o fato é que o Juiz e o Estado podem não ter responsabilidade por ele diante da ocorrência dos chamados vícios de consentimento, isto é, uma espécie de discrepância entre a vontade do

agente e o ato praticado, sendo que merecem destaques: o erro ou ignorância⁶⁵, a coação⁶⁶, o dolo⁶⁷ e a simulação e fraude contra credores⁶⁸.

Evidentemente que todas estas hipóteses teremos um ato jurisdicional que constituiu um erro judiciário, contudo o juiz somente irá responder por prejuízos causados se restar demonstrado que tinha conhecimento do fato que gerou o vício, ou que pelo menos, tinha elementos para impedir que este se concretizasse, mas nada fez neste sentido. De fato o CPC dispõe em seu artigo 129 “Convencendo-se pelas circunstâncias da causa, de que o autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido em lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.” Assim, se o juiz foi negligente, imprudente ou até mesmo imperito nascerá à responsabilidade de forma solidária com aqueles que praticaram os atos viciados, causando prejuízo a terceiros, dentro dos limites legais.

3.3 Elemento Objetivo da Responsabilização pelo Exercício da Atividade Jurisdicional

Tradicionalmente, quando se trata de responsabilidade, dividimo-la no que se refere ao seu elemento objetivo, entre oriunda de atos lícitos e aquela de atos ilícitos.⁶⁹

As duas formas de responsabilização já foram anteriormente abordadas, sendo que em relação específica a atividade jurisdicional, pela sua própria essência, a doutrina, embora

⁶⁵ Para MONTEIRO (1971, p. 193) A ignorância consiste no desconhecimento acerca de um objeto, enquanto o erro é a noção falsa sobre o mesmo. Percebe-se o vício na medida em que o agente pratica um ato ou deixa de fazê-lo diante de um falso conhecimento ou de um desconhecimento dos fatos. Porém, o tal completo desconhecimento ou ainda o falso conhecimento dos fatos tem que ser justificável, sob pena de se manter o nexo de causalidade.

⁶⁶ A situação aqui é diversa da anterior, visto que o ato praticado vai em sentido oposto a vontade da parte. Na verdade, a vontade do agente é substituída por aquela do responsável pela coação. Neste caso, exige-se que a coação seja grave (o dano que possa vir a sofrer a vítima seja no mínimo igual ao ato que se quer ver praticado) e injusta; e recaia iminentemente sobre a vítima, seus bens e familiares.

⁶⁷ Segundo MONTEIRO (1971, p. 201) é o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato, que o prejudica e aproveita o autor do dolo ou a terceiro. O dolo aqui acaba por obrigar o erro, pois enquanto neste o falso conhecimento advém de um sentimento da própria vítima, naquele é indispensável a ação efetiva de um agente de modo a influir na formação da falsa informação.

⁶⁸ E finalmente, para MONTEIRO (1971, p. 217-219) estas, embora sejam consideradas situações diferentes quando estudadas dentro da atividade jurisdicional têm objetivos e conseqüências comuns. A simulação caracteriza-se por ser em regra, uma declaração bilateral de vontade, acordada previamente entre as partes, mas não corresponde a real intenção, na medida em que seu objetivo difere dos efeitos jurídicos que aparentemente se pleiteia. Enquanto a fraude contra credores caracteriza-se desvios de patrimônio com o propósito de causar prejuízos a credores quirografários. Ou seja, o devedor através de atos jurídicos fraudulentos, procura das mais variadas formas, transferir seu patrimônio a um terceiro para que não possa sofrer conseqüências em razão do inadimplemento. É importante notar que, ao lado da insolvência, outro requisito indispensável é que o adquirente do bem tenha conhecimento da fraude ou, no mínimo, exige-se que deveria ter esse conhecimento.

⁶⁹ Sobre isto CAHALI (1995, p. 9) “[...] a bem da verdade, normalmente a idéia de responsabilidade do Estado é relacionada ao dever de reparar danos oriundos de atos ilícitos, sendo certo que alguns autores defendem até mesmo que, em caso de ato lícito, não há que se falar sequer a respeito da responsabilidade civil do Estado.

admita essa distinção, procura, através dela, restringir ao máximo o dever do Estado-Juiz de reparar danos causados aos seus consumidores. Não é por outra razão que se afirma à absoluta excepcionalidade da possibilidade de ressarcimento do dano causado pela atividade jurisdicional sob o argumento de que todo aquele que vem a juízo, buscando tutela jurisdicional assume o risco do erro e de sofrer, conseqüentemente, eventual prejuízo, visto que as decisões emanadas pelos juízes estão sujeitas a falibilidade humana.

Contudo, como visto, esta conclusão não se coaduna com o Estado de Direito, razão pela qual é indispensável à necessidade de responsabilização por qualquer tipo de atividade do estado que traga dano ao administrado, incluindo-se aqui, a Jurisdicional.

Para LASPRO (2000, p. 205-206), o dano passível de reparação pode ser originado a partir da violação das regras essenciais do exercício da atividade jurisdicional, ou como mais comumente ocorre pela violação das regras de meio e de fim da jurisdição.

E continua o autor (p. 207) citando Joel Dias Figueiredo Junior, que neste caso, podemos identificar quatro hipóteses em que o consumidor da justiça deve sofrer reparação dos prejuízos que lhe forem causados: a indenização por ato legítimo do Estado; o erro judiciário; o anormal funcionamento da justiça; e a denegação da Justiça. Sendo certo que na primeira somente o Estado deve responder, e nas últimas, dependendo do caso concreto, poderão sê-lo o Estado e o Juiz.

3.3.1 Direito à Indenização por Ato Lícito do Estado

Segundo DERGINT (1994, p. 177-181), neste campo trabalhar-se-á a atuação dentro do mais absoluto respeito às normas processuais, e mesmo assim, há responsabilização do Estado. Com efeito, o processo, como instrumento para o exercício da atividade jurisdicional é resultado de um binômio: procedimento em contraditório.

O processo, ou melhor, as regras processuais têm uma concepção genérica e prática, ou seja, busca-se um sistema justo para a totalidade dos casos. Contudo, muitas vezes, o sistema processual encontra-se diante de situações excepcionais, às quais a aplicação das normas processuais conduz a resultados injustos, causando danos em razão do sacrifício excessivo de direitos subjetivos.

De se notar, nesse passo, que não se defende que o juiz, diante da possibilidade de cometer uma injustiça, deva deixar de aplicar as normas jurídicas em nome de um dever

maior, visto eu, discordamos integralmente da possibilidade do juiz exercer atividade criadora de direito. Contudo, determinadas situações são absolutamente excepcionais, pela sua própria natureza, e merecem a justa reparação.

A bem da verdade essas situações são identificáveis a posteriori, razão pela qual se pode afirmar que são inevitáveis, somente depois de concretizado o dano é que se verifica que se exigiu do particular, em nome da proteção de interesses maiores, um sacrifício que merece e deve ser reparado. Nesta situação, é acionado unicamente o Estado.

3.3.2 Erro Judiciário

A doutrina tradicional relaciona diretamente o erro judiciário ao erro penal, ou seja, segundo esse entendimento não existe a possibilidade de erro judiciário na jurisdição civil, ou se existe, não deve ser assim denominado.⁷⁰

Porém, a jurisdição é una, sendo certo que inexistente diferença no tocante a natureza da atividade exercida na penal e na civil. E nem poderia ser diferente, na medida em que as duas são, como regra, fundadas na soberania estatal. A divisão em espécies liga-se aos problemas da distribuição da “massa de processo” entre justiças, entre juízes superiores e inferiores, bem a outros critérios de distribuição. Liga-se a problemática de competência, não da jurisdição em si, que mais uma vez afirma-se ser uma. Sendo assim, plenamente coerente a arguição de erro judicial civil.

Segundo CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (1997, p. 60-61), com efeito, para estudo do erro judiciário, existe uma diferença bastante marcante no que se refere à atuação e ao poder do magistrado nos destinos da demanda. Assim, enquanto no processo penal a regra é da indisponibilidade, no processo civil, impera a disponibilidade. Da mesma forma, enquanto, como regra, no processo civil o juiz se atém aos argumentos e provas trazidos pelas partes, no processo penal o juiz tem um amplo espectro cognitivo e instrutório. Não é por outra razão que, em regra, no juízo civil o juiz julga com base na verdade formal, e no penal, busca-se a verdade real. E continua às fls. 64 “deve ser ressaltado, entretanto, que nos últimos tempos, temos assistido um fenômeno bastante interessante de aproximação dos dois processos, na medida em que, no processo penal, ampliam-se os casos em que as partes

⁷⁰ CAHALI (1995, p. 597), leciona que as raízes do instituto e sua evolução histórica determinam o desdobramento do tema conforme se trate de dano conseqüente da atividade jurisdicional penal ou atividade jurisdicional civil.

de um poder de controle sobre o desenvolvimento do processo, inclusive com a possibilidade de transacionar, e no processo civil cada vez mais se amplia o poder investigatório do juiz”.

Por esta razão, neste ponto, consideraremos as duas situações sob a denominação de erro judiciário.

A atividade judiciária em uma interpretação literal, deve ser considerada como toda a atividade exercida pelo Poder Judiciário, referente ao fim de prestação jurisdicional; sendo assim, é o erro judiciário a mais conhecida das atividades danosas, e isto por ser, acima de tudo, a mais espetacular, em função de ser a que mais gravemente lesiona e ofende os direitos individuais. Via de regra, ocorre na justiça criminal (como visto) e consiste na aplicação, a uma pessoa posteriormente reconhecida inocente, de um gravame de grandes proporções, a ponto de atingir a vida, os bens, a honra e a família do lesado.

No erro judiciário, assim chamado porque a decisão jurisdicional configura um erro *in judicando*⁷¹, é cabível a ação regressiva contra o prolator daquela decisão, salvo a comprovação do erro invencível, plenamente justificado pelas circunstâncias. Bem como ação direta contra o Estado, bastando, pois, elementos da responsabilização objetiva.

O erro judiciário pode ocorrer também na esfera civil, caso em que é pressuposta da responsabilidade de dano a ação rescisória para desconstituição da sentença e comprovação do erro.

Caracteriza-se o erro judiciário quando a sentença põe fim ao processo, esgotando-se a via recursal prevista em lei⁷². Logo, para tipificá-lo, imprescindível existir sentença final, definitiva. Ainda que o erro ocorra numa decisão interlocutória, sua verdadeira repercussão será sentida por ocasião da sentença, como é o caso de não se admitir um importante meio de prova, cuja circunstância refletirá no julgamento, que, evidentemente, será incorreto.

3.3.2.1 Causas do Erro Judiciário

Para ARAUJO (1981, p. 109), as causas identificáveis como responsáveis pelo erro judiciário são identificáveis como:

⁷¹ No exercício da atividade o juiz pratica diversos atos processuais, não estando imune a erros. Processualmente, tanto na esfera penal como cível, o erro pode ser *in procedendo*, ou seja, de procedimento, quando provém de decisão ou despacho; e *in judicando*, ou seja, de julgamento, quando há a entrega da prestação jurisdicional com a incorreta aplicação da lei ao caso concreto, a merecer da instância revisora outra solução quanto ao mérito.

⁷² Caso a parte deixar de interpor o recurso cabível por manifesta negligência, não se utilizando do meio legal para saná-lo, descabe a indenização, pois o pretenso erro judiciário, da mesma forma, é atribuído a quem deu casa pela omissão.

a) dolo do juiz; b) culpa do juiz, nas modalidades negligência e imprudência; c) decisão contrária a prova dos autos; d) indução a erro, através de elementos juntados ou não aos autos; e) erro na análise das provas, na aplicação do direito cabível, ou até erro profissional; f) aparecimento de fatos ou elementos que venham contradizer ou anular provas ou elementos relevantes dos autos, e que influíram decisivamente na prolação da sentença.

Passemos a análise do que consideramos de maior relevância ao estudo⁷³:

3.3.2.1.1 O Dolo – Simulação ou Fraude

Eis uma das mais graves causas, visto que é realizado com intenção deliberada e consciente de prejudicar outrem, quer por emulação ou mero capricho, quer objetivando a obtenção de lucro.

Ao proferir uma sentença, contrariando o bom direito em face uma conduta dolosa, o magistrado contraria o bom direito, impondo defeituosamente a vontade do Estado Juiz.

A manifestação, conforme será a frente analisada, tanto na modalidade direta – quando pretende o resultado, quanto na eventual – em que a vontade não se dirige ao resultado, mas admite e aceita o risco de produzi-lo, inevitavelmente caracterizará erro judiciário, ensejando responsabilidade patrimonial do Estado pelos danos, além de tipificar ilícito penal do responsável.

3.3.2.1.2 O Erro ou Ignorância

Segundo PEREIRA (1974, p. 441) “[..] o mais elementar dos vícios do consentimento é o erro. Quando o agente, por desconhecimento das circunstâncias age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação, diz-se que procede com erro.”

São duas as espécies de erro: o acidental e o substancial. Em relação ao primeiro é aquele que não exerce influência na legitimidade do ato praticado, porque incide sobre

⁷³ Sobre isto, HENTZ (1995, p. 30-40).

motivos ou qualidades secundárias do objeto; já em relação ao primeiro, é o erro que interessa à natureza do ato (quando se pretende praticar um tipo de ato, mas efetivamente outro é praticado); ao objeto principal (quando o ato não corresponder ao que se pretendia); e ainda, que se referir a qualidades essenciais (quando o engano incide sobre determinada circunstância, fazendo surgir o ato).

Necessariamente o erro substancial conduz para uma prestação jurisdicional defeituosa, tipificando o erro judiciário, em razão de uma noção falsa sobre os fatos, a pessoa e o próprio objeto integrantes de certa relação jurídica.

Já a ignorância, por sua vez, se equipara ao erro e se concretiza no desconhecimento total sobre determinado objeto. Somente deixa de constituir defeito do ato jurídico quando a declaração de vontade é emitida sem completo conhecimento de seu alcance. Sobre este, não se pode de sobremaneira imputar ao juiz esse vício, visto que enquanto incumbido da prestação jurisdicional, versando em Direito, apenas se atribui o desconhecimento de determinada questão à negligência ou imprudência, na condução do processo, ainda que dele se esperasse uma atuação diligente.

Em ambos os casos o que se percebe é o vício da vontade, na medida em que o agente pratica um ato ou deixa de fazê-lo, diante de um falso conhecimento ou de um desconhecimento dos fatos.

3.3.2.1.3 A Culpa

De acordo com ensinamento de nosso Professor HENTZ (1995, p. 33), em relação a culpa, não se fala em vontade consciente dirigida a um fim, mas sim na inobservância de dever de cautela (imprudência), agir desidioso (negligência) e descumprimento de dever profissional em determinada circunstância (imperícia).

A culpa apresenta um sentido bastante amplo, ao abranger qualquer espécie de comportamento contrário ao direito, em que havendo dano, este deve ser imputado a quem lhe deu causa. Por ora, interessa-nos a culpa em sentido estrito do juiz, e que decorre de provável previsibilidade do resultado. Assim, essencial elemento para identificação da culpa como causa do erro é a previsibilidade, ou seja, somente quando existe a possibilidade de ser antevisto o resultado é que exsurge a responsabilidade por não ter evitado o dano que poderia evitar.

Não raras as vezes, a culpa é atribuída ao serviço judiciário, anomalmente considerado, e não identificado como o ato jurisdicional causador do dano. Importante neste ponto, que haja a identificação do que resultou o dano, visto que, se incidir sobre a conduta do juiz, em face a este há de ser atribuída a responsabilidade subjetiva; agora, caso demonstrada ser em razão de anomalia estrutura, sem identificação específica do agente, apenas o estado, será acionado através teoria da *faute du service*.

Existindo o erro judiciário decorrente da culpa, o dano pode ser atribuído ao juiz, autor do fato, haja vista que não fica ele liberado de agir com cuidado e moderação a fim de evitar tudo quanto possa causar prejuízo ao jurisdicionado, empenhando, conseqüentemente, a responsabilidade pública.

3.3.2.1.4 Decisão Contrária à Prova dos Autos

A apreciação da prova não é outra coisa senão juízo de convencimento. A prova exerce importante papel visto que é através dela que o juiz procura conhecer a verdade, e assim, realizar a justiça através da aplicação da justiça ao caso concreto. Essa convicção é a certeza sobre a qual deve assentar a prestação jurisdicional.

Embora quisera que nos julgamentos sempre fosse emitido uma verdade real, ao juiz se atribui à busca da verdade, mas terá que se contentar com a certeza constituída à base das provas que disponha – embora, em seu juízo, tem extrema liberdade para formar convencimento sobre os fatos⁷⁴.

O artigo 157 do Código de Processo Penal é responsável por tal fundamentação em órbita criminal; enquanto o artigo 131 é o correspondente no juízo cível.

A análise das provas produzidas será dada na sentença; sendo que apenas neste momento em que terá fixado-se o provimento judicial, nos casos de extrapolar-se o exame das provas – e também erro na aplicação da norma legal – revelando prejuízo a parte, é que se configurará o erro judiciário.

⁷⁴ Interessante a ponderação feita na exposição de motivos referente ao artigo 157 CPC, que regula esta questão no processo crime: “nunca é demais, porém, advertir que o livre convencimento não quer dizer puro capricho ou opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais ou aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.”

Importante salientar ainda que somente com o trânsito em julgado da sentença danosa é que estará configurado o erro, pois antes disto, detém a parte recursos que pode interpor, visando exatamente a correção deste.

Desta forma, não é lícito resolverem a todo tempo os julgados, com o objetivo de suprimi-los ou modificá-los, com exceção dos casos previstos em lei (revisão criminal e ação rescisória civil), pois referir-se-ia o fundamento de todo o processo.

O erro aparece quando o julgado contraria as provas contidas nos autos; não cabe nos casos em que houver necessidade de nova produção probatória ou ainda nova apreciação do conjunto probatório; exemplo disto é a demonstração do equívoco após testemunho de álibi que só fora localizado após o julgamento, corrigindo-se o erro inicial com seu depoimento.

3.3.2.1.5 O Erro Imputável não Imputável ao Julgador

A justiça pode equivocar-se, não somente por falha do juiz em sua atividade. Concorrem para eventuais irregularidades às partes, os peritos, os testemunhos, os demais colaboradores, as testemunhas, e até mesmo documentos apresentados.

Nestes casos, quando o erro judicial for ocasionado pelas partes, por terceiros ou fatos alheios à administração, não há de se cogitar responsabilidade Estatal, ou melhor dizendo, esta responde na proporcionalidade em que concorreu para o vício, ou teve funcionário seu envolvido neste sentido.

Com relação a responsabilidade do juiz, pondera-se acerca da viabilidade de impor ao julgador um dever de diligência de tal ordem a impedir a permanência do processo, de prova que não corresponda a verdade ou que desatenda ao dever de veracidade das partes. Inclusive, possui mecanismos para inibir ou punir a prática de atos atentatórios a justiça, como por exemplo, a fraude e a má fé.

Caso não tenha prévio conhecimento dessas circunstâncias escapa-lhe a possibilidade de reprimi-las, pois, mesmo lhe competindo a iniciativa de determinar a realização da prova que reputar indispensável, os diplomas legais cuidaram de fixar regras que distribuem entre as partes o encargo de provar os fatos litigiosos (artigo 333 CPC e artigo 156 do CPP). Assim, a formação do conjunto probatório é encargo dos litigantes, que devem evitar que a falsidade e a inverdade medrem, e com fundamento nelas, sejam proferidas decisões erradas.

3.3.2.1.6 A Errada Interpretação da Lei

Interpretar e aplicar a lei é atividade controvertida porque, como na apreciação da prova, não está limitada quanto à abrangência nem condicionada quanto ao resultado.

É possível que a interpretação adotada pelo magistrado não seja a melhor, mas salvo a revisão em superior grau de jurisdição, não poderá ser invocado erro judiciário com fundamento para eventual reparação. Só pode ser atingido por revisão criminal e rescisória cível interpretação que ofendeu literal disposição de lei, consagrando-se nestes casos hipótese de erro judiciário, porque não é dado a ninguém, nem ao juiz, violar disposições legais.

Para HENTZ (1995, p. 39), trata-se, segundo a doutrina, de erro de direito, consistente no juiz proferir julgamento na falsa pressuposição de que procede segundo preceito legal, mas aqui a doutrina tende a equiparar ao erro de fato, impondo que se reconheça o erro judiciário pelos mesmos fundamentos já expedidos quanto ao erro ou ignorância.

3.3.2.1.7 A Exigência da Lei e sua Inadequada Aplicação

O erro pode surgir não somente em relação à equivocada interpretação da lei, mas também referente a aferição sobre sua existência, vigência e constitucionalidade.

Com relação à existência, considera-se tanto no sentido formal (se esta foi votada, promulgada e publicada), quanto no sentido material (apuração de sua regular vigência); caso tais requisitos não forem preenchidos, e a lei for invocada para fundamentação jurisdicional, configurado está o erro judiciário.

A maior discussão está, contudo, na esfera da inconstitucionalidade. Com observância ao princípio hierárquico de nosso ordenamento, toda e qualquer lei deve estar em consonância com os princípios e preceitos emanados da Lei Maior; e caso não estejam, declaradamente inconstitucional, a lei não pode ser utilizada para fundamentação.

Caso isto ocorra, segundo doutrina de DI PIETRO (1999, p. 416-417) “[...] se reconhecida a sua inconstitucionalidade, ou mesmo a sua ilegalidade, poderá ensejar a responsabilidade do Estado, porque o dano é causado por ato emitido contra lei, e portanto, fora do exercício das competências constitucionais.”

A aplicação da lei que afronta o preceito constitucional, ou ainda, a não aplicação de lei formal e materialmente existentes, ensejam responsabilidade por erro judiciário, cabendo a reparação ao Estado.⁷⁵

3.3.3 Funcionamento Anormal da Atividade Jurisdicional

O funcionamento anormal de atividade jurisdicional deve ser relacionado ao descumprimento das normas jurisdicionais, pela omissão de seu agente, ou em razão da falta ou má estrutura dos órgãos competentes para seu exercício, que segundo DERGINT (1994, p. 226), consiste na negação do Estado-Juiz em oferecer a devida proteção aos direitos de seus cidadãos, mediante a prestação da tutela jurisdicional.

Podemos assim, dividir os casos de funcionamento anormal da atividade jurisdicional em dois grandes grupos: Anormal funcionamento singular (casos em que o processo é atingido isoladamente, nas hipóteses, por exemplo, da demora excessiva da prolação de uma decisão; em razão da indevida paralisação da demanda, e finalmente, em razão do extravio de atos ou de autos, sendo que em regra, isto se dá em razão da omissão do julgador ou dos servidores da justiça); e o Anormal funcionamento estrutural (que pode ser causado, por exemplo, pela falta de equipamento e excesso de processos). Isto importa-nos, visto que no primeiro podemos encontrar hipóteses de responsabilidade do Juiz e do Estado, e no segundo, será normalmente, exclusiva do Estado.

3.3.3.1 A Tutela Jurisdicional Tardia

É sem dúvida alguma a demora da prestação jurisdicional a grande angústia que aflige os jurisdicionados, em especial os brasileiros. Considerando o Estado detentor, em regime de monopólio, de tal prestação, este deveria agir no sentido de garantir a efetiva tutela dos direitos subjetivos, cumprindo os prazos estabelecidos na legislação; pressupondo uma Justiça célere e acessível, apta a solucionar rapidamente os interesses em conflito.

⁷⁵ O STF tem decidido que, se a lei inconstitucional comprovada causou dano ao particular, a responsabilidade do Estado é cabível (RDA. 189/305 e 191/175).

Constitui o tempo no grande inimigo de quem, não podendo fazer a justiça com as próprias mãos, espera do Estado a solução para um direito violado ou ameaçado de lesão. Em contrapartida, encontram-se os mal intencionados demandados que, cientes da morosidade do processo, utilizam o tempo para postergar o cumprimento das obrigações, desestimulando o exercício do direito de acesso ao Judiciário.

Impossível ignorarmos a lentidão de nossa justiça; mesmo a criação de alguns mecanismos – como os Juizados Especiais – não bastaram para que o entrave findasse. Essa demora excessiva frustra a reparação dos direitos lesados, transformando o Estado-Juiz em um ente desacreditado, alvo de críticas e deboches.

A sociedade sofre como um todo: alguns segmentos, localizados em distantes regiões amargam uma prestação deficiente – e até calamitosa – pela falta de juizes, promotores e demais agentes judiciários⁷⁶; do outro lado, grandes centros urbanos, onde há relativa proporcionalidade infra-estrutural e recursos humanos, enfrentam graves problemas sociais – como a macrocefalia e o crescimento desenfreado da violência – travando, por excessos de feitos, a máquina judicial. Tanto em um caso quanto em outro, tal situação reflete a lacuna da estrutura econômica e social do Brasil.

Podem ser elencados com fatores responsáveis (ou que contribuem) para esta demora jurisdicional: a) a falta de recursos humanos para normal desempenho da função jurisdicional (como constante ausência de juiz, promotor e pessoal auxiliar); b) complexidade e excesso de formalismo de nossa legislação; c) exaustiva possibilidade de recursos e atos protelatórios perfeitamente evitáveis – levando a eternização das demandas; d) a deficitária e obsoleta infraestrutura da Justiça, que clama por modernização, principalmente respaldada na informatização cartorária.

De acordo com MASSARENTI (2001, p. 204):

[...] se o Estado-Juiz se defronta com a impossibilidade de cumprir a lei, a solução deveria consistir na sua modificação, adequando-a à realidade. O acúmulo de serviço a cargo dos juízes é séria ameaça para a segurança de uma boa decisão, também contribuindo para a tardia prolação. Aliás, freqüentemente as sentenças prolatadas com atraso são justificadas pela sobrecarga de trabalho, não podendo, em tal hipótese o juiz ou tribunal ser responsabilizados direta ou regressivamente, se comprovada a ausência de dolo ou culpa. Contudo, esta perplexidade caracteriza o funcionamento anormal, decorrendo a responsabilidade do Estado pela omissão em não prover o bom funcionamento da máquina judiciária, havendo falha no serviço público.

⁷⁶ Pode ser citado, como exemplo, os conflitos nas áreas rurais, principalmente referente a disputas de terras, onde o Poder Público é relutante na instauração de Varas Agrárias.

Assim, sendo o judiciário um serviço público, ao apresentar falhas, funcionar mal, não funcionar ou funcionar tardiamente, resultando em danos ao administrado, conduz a responsabilidade na modalidade abarcada pela teoria da *falta du service*.

Segundo o professor CRETELLA JÚNIOR (1970b, p. 61), em seu Tratado Administrativo de “[...] o serviço público em tese, tem de apresentar-se perfeito, sem a menor falha, para que a coletividade se beneficie no mais alto grau com seu funcionamento. Não pode funcionar mal, deve funcionar de maneira contínua, não se deve atrasar.”

Assegurado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional⁷⁷, através do devido processo legal⁷⁸, observando-se os princípios processuais – aqui, notadamente referente aos prazos artigo 189 CPC – é insofismável a obrigação de prestação a jurisdição com eficiência e rapidez.

E arremata MASSARENTI (2001, p. 206-208):

[...] deriva daí que, se o Estado se omite na prestação jurisdicional, o faz tardiamente ou de forma manifestamente injusta, é integralmente responsável pelos danos causados, se lhe forem imputadas as deficiências, mas ao revés, se o retardo for oriundo de culpa ou dolo do juiz, deve este responder por via regressiva, ou ser acionado direta ou simultaneamente com o Estado [...] Para vencermos a morosidade da justiça, é necessário que o juiz saiba que, o direito das partes é a maior preocupação do verdadeiro juiz. Nesta linha, um dos pontos que o juiz deve lançar mão em seu mister é o “diga-diga”, no transcorrer do processo, procrastinando-o ainda mais.

Neste sentido, o brilhantismo do dizer de BENETI (2000, p. 34): “[...] não mandar ninguém dizer inutilmente. Isso é óbvio; atrasa o desfecho, irrita as partes e advogados, atrai para o juiz a pecha de preguiçoso e acarreta complicações para o procedimento.”

Para sanar esta desastrosa e catastrófica ineficiência, que ao nosso ver, é uma das piores formas de engano ao administrado, visto que em face de estar a demanda *sob judice* acredita que terá uma solução satisfatória em face seu direito, necessitamos de uma justiça ágil, séria, célere. Não pretende-se um juiz perfeito – pois sabidamente não o é – mas que este dedique com afincamento à busca da realização da Justiça.

⁷⁷ Artigo 5, XXXV CF 88 “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

⁷⁸ Artigo 5, LIV CF 88 “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

3.3.4 Denegação da Justiça

A descrença no Poder Judiciário é cada vez mais evidente. A ineficiência na aplicação dos direitos e garantias fundamentais e sua postura isolada em relação aos demais Poderes do Estado explicam a atual situação enfrentada; mas é certamente a incapacidade de cumprir sua função que leva a sua falência; apesar de todos os termos plena consciência da importância da atividade jurisdicional que deve ser dotada de estrutura e eficiência.

O administrado tem o direito de exigir do Poder Público a tutela jurisdicional de que necessita, cujo acesso, embora garantido constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXV, é uma das questões mais dramáticas que enfrenta a maioria da sociedade brasileira, devido, sobretudo, ao processo de estagnação que por muito tempo sofreu o Judiciário Nacional.

Confiado o poder de dizer o direito ao Estado, não é isto que temos vivenciados. A denegação da justiça, pois, pode exsurgir nas seguintes formas:

a) dificuldade de acesso ao Judiciário – é obrigação do Estado, como examinado, remover os obstáculos para que os administrados possam exercer o direito à prestação da tutela jurisdicional, implementando medidas que agilizem os deslindes dos conflitos, diminuindo o distanciamento daqueles que buscam a solução de seus direitos, e fazendo-se atuante em todos os níveis.

b) manifesta desídia do juiz – na direção do processo o juiz tem o dever/obrigação de impulsioná-lo, de modo que se desenvolva rápida e regularmente. Com efeito, não pode se negar a despachar, recusar a decidir, ou simplesmente, se demorar injustificadamente a praticar atos de seu ofício, nem mesmo sob o pálio de que a lei é omissão ou obscura, visto que conforme artigos 4º da LICC e 126 do CPC, cabe-lhe a obrigatoriedade da tarefa jurisdicional, mesmo diante das perplexidades provenientes dos casos concretos.

Nestas hipóteses de denegação de justiça, produzindo efeito danoso, comporta-se tanto a responsabilidade estatal na modalidade *faute du service*, quanto subjetiva do juiz, quando este agir dolosa ou culposamente.

3.4 Elementos Subjetivos para Responsabilização do Juiz

Para identificação do responsável pela reparação, determinados sistemas restringem a responsabilidade ao Estado, outros admitem a responsabilidade ao Juiz, solidariamente, ou mediante ação regressiva, e excepcionalmente temos a possibilidade de responder o juiz isoladamente, conforme amplamente já demonstrado.⁷⁹

Para o juiz responder pelos danos causados às partes é indispensável à presença de elementos específicos, tanto objetivos quanto subjetivos. Em relação a estes primeiros, deve haver a configuração da ilicitude em razão da ação ou omissão voluntário do juiz, que constituem o erro judiciário, a denegação ou o anormal funcionamento da Justiça; e com relação aos aspectos subjetivos, é necessário verificar se tinha o juiz a consciência da ilicitude ou se assumiu o risco. Na primeira hipótese temos o dolo; e na segunda, em princípio a culpa.

3.4.1 O Dolo

Tradicionalmente o dolo foi considerado como a intenção deliberada de causar prejuízo a vítima. Modernamente, contudo, a doutrina tem caminhado no sentido de afastar a consciência de causar o mal, como elemento essencial da conduta, restringindo-a a ciência inequívoca do resultado.

No exercício da atividade jurisdicional, o juiz, como regra, deve ser absolutamente isento. Neste sentido, deverá aplicar a norma jurídica aos fatos que lhe são apresentados, independentemente da parte que será prejudicada pela sua decisão.

Contudo, pode ocorrer que o juiz, deliberadamente, pratique ato ou se omita, e neste sentido HENTZ (1995, p. 33) “[...] com o intuito confesso de violar o sistema jurídico, configurando aí a conduta dolosa.” Importante ressaltar, que na atividade jurisdicional, ganha bastante destaque a diferença entre considerar doloso o ato jurisdicional em razão de se adotar procedimento ilícito, ou somente pela intenção de causar prejuízo. Assim, por exemplo, o juiz que, para atender o pedido de um amigo, concede uma medida liminar sem sequer examinar o caso e vem a provocar danos ao requerido, não pretendia diretamente prejudicar a vítima, mas

⁷⁹ Acerca do tema, brilhante artigo publicado por Saulo José Casali BAHIA, (1992/1993, p. 302-334), apresenta as cinco teorias, indo da irresponsabilidade à responsabilidade solidária.

ao conceder a liminar nestas condições, assumiu o risco de forma consciente, e portanto, deverá responder pela conduta dolosa – na modalidade de dolo eventual.

Vale também considerar os casos em que o juiz, ao ter conhecimento dos fatos, forma uma convicção, e a partir de então passa a conduzir o processo com o escopo de obter o resultado que preconcebeu, ou seja, em razão de sua plena convicção distorce a instrução probatória ou a aplicação do direito, caso em que deverá ser responsabilizado por erro judiciário.

Ressalta-se que a conduta dolosa não fica restrita apenas a esfera de responsabilidade civil, atingindo ainda, âmbito disciplinar e penal.

E ainda, não fica a responsabilização restrita aos casos em que o juiz tem intenção de prejudicar uma parte em benefício próprio ou de outra parte, mas também, quando agir contra a lei, em face a posições íntimas que o juiz tem com relação a determinado tema ou pessoas.

E finalmente, importante verificar que dentro da conduta dolosa, podemos identificar duas situações diferentes: a simulação e a fraude. Aquela, quando o juiz, em conjunto com as partes da demanda, pratica ato manifestamente ilegal, que a princípio não causa prejuízo a terceiros, porém posteriormente, há concretização de tal prejuízo. E esta, situação mais grave, quando o juiz, para beneficiar uma das partes ou ambas, vem causar prejuízo a outra parte ou a terceiros. Ambas plenamente passíveis de responsabilização, por serem considerados atos ilícitos praticados pelo magistrado.

3.4.2 A Culpa

Como visto na abordagem do erro judiciário, na modalidade culpa, o juiz em nossa legislação responde por sua negligência, imprudência e imperícia.

Há negligência sempre que o juiz agir de forma desidiosa, omitindo-se no que se refere ao cumprimento de normas de conduta inerentes à atividade jurisdicional. Assim, se proferir a decisão sem o exame dos autos ou sem estudo da matéria, ambas de modo adequado, responderá pela sua conduta negligente. Imprudente é o juiz que age de forma precipitada, decidindo sem as devidas precauções. Nesse sentido, teremos, por exemplo, a decisão do juiz que concede uma antecipatória de tutela com caráter satisfativo e definitivo, que não pode, por esta razão, ser revista plenamente.

No tocante a imperícia, convém inicialmente ressaltar que, parte da doutrina, de modo abalizado, defende a impossibilidade de o juiz ser responsabilizado nesta hipótese em decorrência do juiz, para ser admitido na carreira, demonstra notável saber jurídico durante o concurso público de provas e títulos; nascendo assim a presunção de que detém todas as aptidões necessárias ao exercício jurisdicional. Não entendemos como a melhor solução, haja vista que o sistema jurídico processual e material tem se modificado de tal forma que, dificilmente tem o juiz condições de acompanhar toda sua evolução. Além disto, a gama de atribuições que podem ser acometidas ao juiz por sua atividade jurisdicional faz com que, na prática, não tenha aptidão ou conhecimento suficiente para analisar determinada demanda.⁸⁰

Isto não significa naturalmente, que o juiz sempre deva responder quando a sua sentença foi reformada, pois, em caso contrário, a independência funcional, inerente à Magistratura, tornar-se-ia letra morta; mas somente nos casos em que por dolo ou culpa é que produziu evento danoso.

3.5 Dano e sua Forma de Reparação

Conforme já devidamente apontados, os elementos para responsabilização objetiva do Estado, no caso de ato danoso jurisdicional, são: o dano – cuja sua existência tem que ser provada e calculável; e o nexos de causalidade – onde para a reparação do dano sofrido pelo lesionado, haja relação entre o ato praticado pelo Estado Juiz e a comprovação de que foi através dele que ocorreram os danos.

Já em relação à responsabilização subjetiva do magistrado, para além dos requisitos objetivos supra indicados, necessária ainda à demonstração de que este agiu com dolo ou culpa, visto que conforme entendimento de Rômulo NUNES (1999, p. 102-103)

[...] verdadeiramente o juiz no exercício de sua atividade, pratica inúmeros atos que vão de meros despachos de expediente à prolação de sentenças, e não raro, devido ao excesso de serviço e à fadiga natural, é levado a cometer

⁸⁰ Aliás, no direito brasileiro, o próprio texto constitucional traz previsão da continuidade do aperfeiçoamento do conhecimento jurídico do magistrado. No artigo 93, II letra d “aferição do merecimento pelos critérios de presteza e segurança no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos reconhecidos de aperfeiçoamento; e no inciso IV previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisito para ingresso e promoção na carreira”.

erros e equívocos, debitados à própria falibilidade humana. Por vezes, reconhece-se, age com manifesta desídia, não despacha e nem decide os feitos e quando o faz, não fundamenta a decisão, ou então concorre para que a decisão seja nula em virtude de vício insanável.

3.5.1 A Ação de Reparação de Danos

Toda vez que um ato jurisdicional ocasionar um prejuízo ao lesado, este terá direito à reparação do dano, seja material ou moral.⁸¹

A reparação poderá ser processada por via administrativa ou judicial. Pela via administrativa, segundo CARVALHO (2002, p. 92), “[...] o lesado formula o pedido junto à pessoa jurídica responsável, formando-se um processo administrativo, que, ao final, se acolhido o pedido, haverá o pagamento.” Este raramente utilizado, até pela dificuldade na obtenção do êxito; razão pela qual, a via mais utilizada é a judicial, que será objeto do presente apontamento.

Neste diapasão, a ação de reparação tem rito ordinário e prescreve em cinco anos, seja em caso de danos causados por agentes de pessoa jurídica de direito público ou de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público.

Recomenda-se que a reparação do dano não seja almejada dentro do próprio processo em que se consubstanciou o dano; deve ser formulada em ação própria e autônoma, através da qual o demandante deverá provar a ocorrência dos fatos articulados e tornar evidente, para responsabilizar o Estado, os elementos objetivos, ou destes e dos subjetivos (no caso de responsabilidade do magistrado).

Segundo BARBI (1998, p. 408-409) “[...] quando cabível a indenização por perdas e danos, com base – na responsabilidade do Estado-Juiz – ela não será pedida no processo em que se deram os fatos, e sim em ação própria, com processo separado. Terá ela as características comuns das ações de indenização.”

Isto se dá em razão dos fundamentos entre as ações serem distintos. A pretensão aqui é a apuração dos danos causados, e o que se pretende é a reparação desta conduta danosa.

⁸¹ Ressalte-se que nem todo ato jurisdicional danoso gera o direito à indenização, conforme já exposto, imprescindível que este tenha prevalecido. A exemplo do caso da decisão proferida ser reformada em instância superior, não chegando a gerar ônus ao prejudicado, será excluída a responsabilidade, podendo o magistrado responder, neste caso, disciplinarmente.

Em relação a responsabilidade penal – por crime de peculato, concussão, corrupção ou abuso de poder; bem como as sanções disciplinares em relação ao juiz, estas proceder-se-ão autonomamente da responsabilidade civil.

3.5.2 As partes na Ação de Responsabilidade Civil

3.5.2.1 *Legitimidade Ativa*

Segundo BUZAID (1978, p. 29), quanto à legitimidade da parte, esta engloba todos os que sofreram conseqüências patrimoniais e morais do ato ilícito do Estado-Juiz. O sujeito ativo é a parte lesada que, no processo, sofre o dano causado pelo ato, inclusive, terceiros que por ventura foram prejudicados com o ato danoso.

E continua, citando Mattiolo “entende-se pois, por parte lesada não só o litigante que faz parte do processo, mas qualquer pessoa que como terceiro, tenha sofrido prejuízos. Verificamos, nas lições de alguns autores, que em uma sentença em que haja expressões injuriosas ou danosas a um terceiro quando forem deliberadamente escritas para prejudica-lo. Cabe ao injuriado ação civil, na qual deve provar o dolo do autor do fato e o dano sofrido”.

Desta forma, conclui-se que tem legitimidade ativa para propor ação de reparação de danos todos aqueles que sofrerem conseqüências originárias do ato praticado pelo Juiz, não ficando restrita apenas às partes contendoras, mas excedendo-se também, aos advogados, promotores, testemunhas, terceiros prejudicados...

3.5.2.2 *Legitimidade Passiva*

Segundo ALVES (2001, p. 203-204), “[...] legitimidade passiva é a pertinência subjetiva da ação, a regularidade do poder de determinada pessoa ser demandada sobre determinado objeto. Só pode contestar a ação quem tenha legitimidade. Se não a tem, não pode defender seus direitos, pois para isso é imprescindível ser parte legítima.”

Fundam-se as ações de reparação de danos em atos ilícitos praticados ou não pelos magistrados. Se não fundadas em condutas contrárias ao direito por parte do magistrado, esta ação será direcionada contra a pessoa jurídica de direito público responsável, não existindo polêmicas a este respeito.

Segundo FIGUEIRA JÚNIOR (1995, p. 51-53):

[...] há que se relembrar aqui, que os atos judiciais capazes de levar à responsabilidade do Estado estão circunscritos em três fases processuais bem definidas: a instrutória ou cognitiva, a decisória e a executória. Na primeira, situa-se a omissão, a recusa, o retardamento na prática de atos, inclusive em vistas à prolação da sentença; na segunda, o erro judiciário propriamente dito ou erro técnico de decisão; e finalmente, durante a fase executiva, poderá ocorrer qualquer uma destas situações. Pertinente esclarecer ainda, que o dolo e a fraude podem aparecer em todas as fases e atos mencionados [...]. Essas distinções são importantes para a adequada identificação do ato judicial (omissivo ou comissivo), que por sua vez, permitirá uma melhor análise tipológica do vício causador do dano e, via de consequência, sobre a admissibilidade jurídica ou não de legitimidade passiva concorrente (o que não se confunde com solidariedade entre o órgão julgador e o Estado - Fazenda Pública). É exatamente na dependência do resultado dessa investigação, que se poderá vislumbrar a possibilidade (ou não) de ajuizamento de demanda reparatória autônoma contra o juiz, causador do dano, ou a existência de legitimidade concorrente.

O Estado como legitimado passivo e o agente público (juiz)

Para figurar o pólo passivo, três correntes pronunciam acerca da legitimidade: a) a primeira preconiza que a vítima deve propor a ação contra o Estado, e somente contra ele (que posteriormente, nos casos de comprovação de ação do agente público com culpa ou dolo, deverá agir regressivamente); b) a segunda com entendimento que o administrado lesado poderia agir contra o agente e contra o Estado, formando-se um litisconsórcio; c) e a última, que vem ganhando grande ressonância na doutrina pátria, que a vítima acione diretamente o magistrado que tenha agido contra o direito, seja na forma dolosa ou culposa.

Sobre este tema, FIGUEIRA JÚNIOR (1995, p. 77-78), sintetiza:

[...] a responsabilidade solidária autônoma (direta ou indiretamente) da Fazenda Pública e do Estado-Juiz surgem nas hipóteses de: a) ato ilícito (omissivo ou comissivo) por dolo ou fraude; b) culpa grave (recusa, omissão ou retardamento de providência que deva tomar de ofício ou requerimento da parte). Já a responsabilidade direta e exclusiva da Fazenda Pública nos casos de disfunção da máquina administrativa da Justiça, erro judiciário ou erro “*stricto sensu*” (erro técnico no oferecimento da tutela estatal” [...] e continua “nesse sentido, as duas primeiras hipóteses admitem tanto a

responsabilidade concorrente passiva do Estado como a do julgador, nada obstante que o prejudicado dirija a ação contra ambos, ou direta e tão somente contra o magistrado, não havendo espaço para a responsabilidade civil subsidiária ou indireta, em face da gravidade das circunstâncias ensejadoras da pretensão, ou seja, responsabilidade civil pessoal do juiz. De modo diverso, no terceiro e quarto caso (disfunção da administração e erro técnico) estaremos frente a uma situação de responsabilidade civil do Estado pelo risco social, não sendo imputável ao magistrado, e nem mesmo regressivamente, qualquer tipo de ônus, [respondendo assim o Estado objetivamente].

Isto posto, percebemos que quando o pedido indenizatório recair sobre fundamento de erro judiciário por culpa, dolo ou fraude, poderão ser acionados o Estado, o Estado e o magistrado⁸², ou diretamente o magistrado faltoso.⁸³

Importante ressaltar, no entanto, que poucos são os que mantiveram esta posição com o advento da Constituição de 1988, pois esta foi bastante clara no artigo 37, §6º, que as ações de reparação de danos originárias de atos praticados por agentes públicos terão que ser propostas em face do Estado, e que este por sua vez, regressará contra o seu protegido.

Segundo Afonso SILVA (2001, p. 575) o Estado chamou para si todas as ações, competindo ao mesmo, quando acolhido o pedido do lesado, verificar se o seu agente agiu com dolo ou culpa, caso em que exercerá o direito de regresso, até porque, o agente público está investido do princípio da impessoalidade, que o impede seja responsabilizado diretamente pelo administrado.

Acertadamente o legislador constituinte, a nosso ver, estabeleceu tais regras para a ação de reparação de danos originários de ilícitos judiciais. Dois são os motivos, predominantes, para tal posicionamento: primeiramente na simples situação de que se o lesionado, se o permissivo fosse no sentido de demandar diretamente o Juiz, não teria a certeza de que os prejuízos por ele apreciados seriam ressarcidos – pois nem todos os juízes

⁸² Em sendo o direito de ação autônomo e não existindo a necessidade de corresponder a um direito material violado, poderiam os administrados exercitar este direito para limitar a atuação dos agentes públicos, que, uma vez acionados, mesmo que suas condutas fossem dentro dos ditames legais, ver-se-iam obrigados a contratar um profissional, às suas expensas para se defenderem.

⁸³ Autores que defendem esta posição: Oreste Nestor de Souza Laspro, Responsabilidade Civil do Juiz, p 233; Giovanni Ettore Nanni, Responsabilidade Civil do Juiz, 197; José Augusto Delgado, Responsabilidade do Estado – Responsabilidade Civil do Estado ou Responsabilidade da Administração – A demora na Entrega da Prestação Jurisdicional p 6; Arruda Alvim, Código de Processo Civil Comentado, v 5, p 300; Ada Pellegrini Grinover. A responsabilidade do Juiz Brasileiro, p 10; Rui Stoco, Responsabilidade Civil e a sua interpretação Jurisprudencial p 352-353; Alfredo Buzaid, Da responsabilidade Civil do Juiz p 29; José Guilherme de Souza. A responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Atividade Judiciária, p 41; Joel Dias Figueira Júnior. Responsabilidade Civil do Estado-Juiz p 77-78; Walter Ceneviva, Responsabilidade Civil do Juiz por Danos Causados às partes, p 36; Celso Agrícola Barbi, Comentário ao Código de Processo Civil, v 1 Tomo 2, p 545; Hélio Tornaghi. Comentário do Código de Processo Civil, v 1 p 412; Maria Mendes Alcântara, Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisprudenciais p 72; Celso Antonio Bandeira de Melo. Curso de Direito Administrativo, p 633; José Calos de Araújo Almeida Filho, Responsabilidade Civil do Juiz p 60.

teriam capacidade financeira para arcar com a indenização, o que levaria o ofendido a “ganhar mais não levar”. O segundo estriba-se na simples questão de não expor o Juiz à fúria das partes menos escrupulosas, que, após serem sucumbidas pretendessem lançar seu ódio e vingança, expondo o Juiz à vexação pública.

Por tudo isto, melhor entendimento é feito pela doutrina que entende que a ação de reparação de danos originários de atos judiciais deve ser proposta só contra o Estado, e que a este cabe, por força de lei, regressar contra o falto, nos casos de dolo, fraude e culpa.⁸⁴

Sintetiza o assunto DERGINT (1994, p. 214):

[...] apura-se a responsabilidade pessoal em um segundo momento, quando da ação regressiva contra ele movida pelo Estado. Tal entendimento conforma-se ao artigo 37, § 6º da Constituição Federal (contra o qual o artigo 133 do Código de Processo Civil não pode prevalecer), encontrando ponderável justificativa na independência judicial, imprescindível ao bom desempenho da função judiciária. Sem dúvida, esta seria afetada se os juízes tivessem sempre sujeitos à possibilidade de ações indenizatórias da parte de jurisdicionados, que, por vezes, as propoariam por mera irresignação ou inimizade.

Superada a discussão sobre quem deve figurar no pólo passivo da ação de reparação de danos, notadamente a pessoa jurídica de direito público, surge o questionamento sobre a possibilidade de o Estado, defendendo-se na ação reparatória, também buscar guarida na denúncia à lide contra seu servidor faltoso, quando a demanda basear-se na discussão de uma conduta ilícita deste.

Segundo ALVES (2001, p. 424) a denúncia a lide é o ato pelo qual a parte, autor e réu, chama terceiro a juízo. Ocorre isto porque esse terceiro é garante do direito alegado pela parte. O chamamento é exatamente para resguardar a parte na hipótese de ser vencida na demanda.

A denúncia a lide, assim, tem natureza de uma ação ajuizada no curso de outra ação de cunho condenatório, visando a disciplinar a relação entre denunciante e denunciado,

⁸⁴ Autores que defendem a posição: Hely Lopes Meireles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p 614; Álvaro Lazzarini: *Estudo de Direito Administrativo*, p 437; Artur Marques da Silva Filho. *Juízes irresponsáveis? Uma indagação sempre presente*, p 79; Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional no Brasil*, p 43; Luiz Antonio Soares Hentz, *Direito Administrativo e Judiciário*, p 67-76; José Cretella Júnior. *Responsabilidade Civil do Estado por atos Jurisdicionais*, p 18; Juary C. Silva, *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais* p 39-40; Edmir Netto de Araújo, *Responsabilidade Civil do Estado por Ato Jurisdicional* p 61; Luiz Rodrigues Wanbier, *A Responsabilidade Civil do Estado Decorrentes de Ato Jurisdicional*, p 40; Carlos Mário da Silva Velloso. *Temas de Direito Público*, p 498; Rômulo José Ferreira Nunes. *Responsabilidade do Estado por atos Jurisdicionais*, p 137; Odoné Serrado Júnior: *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais*, p 68-69.

caso aquele seja vencido na ação. São, portanto, duas lides que serão processadas simultaneamente e julgadas na mesma sentença.

Porém, se admitida esta possibilidade do Estado socorrer-se da denunciação para que, no mesmo processo, já ficasse disciplinado o direito de regresso, obrigatoriamente, em todas as hipóteses, haveria a discussão acerca de possível culpa ou dolo por parte do servidor; elementos estes que não são requisitos de configuração da responsabilidade estatal. Segundo Zacaner (apud MELLO, C.A.B, 2001, p. 840), aceitar a denunciação a lide nesse tipo de ação implicaria em “[...] mesclar-se o tema de uma responsabilidade objetiva – a do Estado – com elementos peculiares à responsabilidade subjetiva – a do funcionário [...]”. Argumenta ainda que não pode lei menor (Código de Processo Civil, em seu artigo 70, III) empecer a grandeza do instituto. Nem se pode deixar instaurar, no bojo da lide, outra lide – a do Estado e do Funcionário – causando graves percalços ao lesado, a pretexto de discutível economia processual.

De tais apontamentos, percebe-se a impropriedade da aplicação do instituto da denunciação às ações de reparação de dano contra o Estado, ou seja, ainda que a ação seja baseada em ato ilícito do Juiz, aquele não poderá denunciá-lo à lide. No entanto, nada impede que o juiz, cuja conduta está sendo discutida na ação principal, ingresse na ação na qualidade de assistente, pois este terá interesse jurídico de que a sentença seja favorável ao Estado, o que implicaria, desde logo, eventual ação de regresso.

Também não tem ressonância doutrinária, a obrigatoriedade do instituto da denunciação à lide do servidor, por força de estar ele obrigado a indenizar o Estado em ação regressiva, de modo que, por tratar-se de responsabilidade objetiva, descabe a denunciação à lide do funcionário ou servidor, porque implicaria introdução de fundamento novo – dolo ou culpa – estranho à *causa petendi* da ação principal.

3.5.3 A ação de Regresso Contra o Juiz faltoso

Para CRETELLA JUNIOR (1970b, p. 321) no Tratado de Direito Administrativo, o direito de regresso ou direito regressivo, caracterizado por meio de uma ação regressiva, é o poder-dever que tem o Estado de exigir do funcionário público, causador do dano ao particular, a repetição da quantia que a Fazenda Pública teve de adiantar à vítima de ação ou omissão, decorrente do mal funcionamento do serviço público, por dolo ou culpa do agente.

De acordo com ROCHA (1991, p. 112), apesar de não haver menção expressa à obrigatoriedade do direito de regresso, esta se constitui por força do próprio fundamento jurídico e de sua conduta. O princípio do regresso atenta para o direito da sociedade ao Estado Moral e a ética no exercício das funções públicas, pois, assim como não se pode deixar desamparado os direitos dos particulares maculados pela ação estatal, também a sociedade não pode arcar com ônus decorrentes de condutas equivocadas dos agentes públicos.

GASPARINI (1995, p. 596), versando sobre o assunto acrescenta que a ação pode ser ajuizada contra herdeiros ou sucessores do agente causador do dano (em caso de sua morte), e ainda intentada mesmo depois de afastado o agente (por exoneração, demissão, disponibilidade ou aposentadoria) de seu cargo, emprego ou função pública; devendo contudo, ser observado o lapso prescricional.

Para a ação regressiva são considerados requisitos essenciais uma condenação transitada em julgado, que obriga a Administração Pública a pagar a indenização, por ato lesivo de seu agente; a conduta lesiva, dolosa ou culposa por parte do agente causador do dano; e o pagamento do valor da indenização pelo Estado. Sendo que neste último, se o Estado ainda não tiver feito o pagamento, não há prejuízo sofrido, não existindo interesse de agir: uma das condições da ação.

Muito embora, via de regra a administração deixa de exercer a ação de regresso, Segundo BASTOS (1994, p. 195-196) o certo é que os Poderes Públicos têm o dever de mover essa ação de regresso em havendo indícios de culpa ou dolo. Se assim não procede, é um caso de ilegalidade administrativa a ser combatido pelos meios normais da Administração.

A discussão pertinente em relação a ação de regresso em face ao juiz, atinge o tocante as hipóteses que ensejariam-na; isto é, se em todas as hipóteses contrárias ao direito, ou não.

Novamente a doutrina diverge, sendo que parte dela acredita na responsabilidade incondicional – qual seja, por qualquer ato ilícito; e parte dela restringe apenas ao dolo, fraude e culpa grave, prescritas no CPP e LOP.

O primeiro entendimento é apresentado na lição de LASPRO (2000, p. 240-241):

[...] embora as legislações estrangeiras limitem a responsabilidade do juiz, não há qualquer justificativa para que o juiz nacional responda somente em casos de culpa grave, na medida em que, sempre que sua conduta for diversa da que se espera de um bom juiz e houver um dano, deverá o mesmo ser responsabilizado. Então o juiz deve responder pela sua negligência, imprudência e imperícia.

Compactuando DERGINT (1994, p. 210) acrescenta que “[...] há que se verificar também que a extensão da responsabilidade no caso de culpa decorre de um ideal de igualdade entre os agentes públicos, que não precisariam suportar uma situação privilegiada do juiz, uma vez que sua independência não lhe permite a prática de abusos ou arbitrariedades.”

Porém, outra doutrina, respaldada pelo Código de Processo Civil preconiza que esta Lei Federal condiciona sua responsabilidade aos casos de dolo ou fraude; ou ainda culpa qualificada, nos termos do artigo 133. Neste caso, frente a atos judiciais do juiz, duas seriam as hipóteses relativas a suas responsabilidades: a) quando pratica atividade administrativa, o magistrado sujeitar-se-ia às regras normais; b) quando o juiz pratica ato jurisdicional, somente poderia ser exercido nas hipóteses legais e não em todos os casos de dolo ou culpa.

Para HENTZ (1995, p. 164-165), a obrigação do causador do dano dependerá de ação regressiva a ser proposta pela Fazenda Pública ou órgão do governo que suportou o encargo financeiro na demanda promovida pelo lesado. Não haverá campo para a ação se o comportamento do juiz não for doloso, fraudulento ou incidir na hipótese de culpa qualificada; porque as peculiaridades do serviço judiciário colocam essa categoria de agente público em condição especial em relação ao dano causado por erro judiciário.

Este último entendimento doutrinário parece ser o mais acertado, não porque o Juiz deva ser considerado agente especial – uma vez que não o é, mais sim em relação a atividade que desempenha. Assim, a norma prevista no artigo 133 do CPC não deve ser encarada como forma de restringir a responsabilidade pessoal do magistrado, mas sim, funciona como limitadora do direito de regresso.

PARTE 2 TUTELAS DE URGÊNCIA

CAPÍTULO 1 O GÊNERO TUTELA DE URGÊNCIA

1.1 Função Jurisdicional: Formas de Atuação

Para o professor José Frederico MARQUES (2000, v. 2, p. 219) o Estado-Juiz – conforme já deixamos remarcado – ao avocar para si a outorga da prestação jurisdicional, visando à composição dos conflitos de interesses, fê-lo através do processo, que é o instrumento adequado a solucioná-los. Ademais, o Estado-Juiz passou a tutelar a ordem jurídica através da jurisdição, visto que fez, dessa função de sua atividade soberana, a força restauradora dos mandamentos e normas do direito objetivo. Sob três modalidades de atividades, diferentes entre si, e que nem por isto deixam de ter imbricações recíprocas e assaz intercambiáveis. Assim, de um lado temos, segundo LIEBMAM (1968, p. 37) “[...] o processo de conhecimento, no qual é feito o exame da lide proposta em juízo, para o fim de descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso.” Contudo, se a formulação da regra jurídica concreta não for adimplida pelo vencido em tempo oportuno, dá-se origem a uma pretensão insatisfeita, e ao juiz do processo de execução, que segundo MARQUES (2000, v. 2, p. 220), cabe torná-la efetiva, através de atos e operações tendentes a modificar os fatos da realidade de modo a que se realiza e coincidência entre a regra e os fatos.

Para ORIONE NETO (2000a, p. 7):

[...] por último, se a situação concreta levada à apreciação do Poder Judiciário denota a existência de perigo de dano que necessite ser afastado, para remediar um mal maior que resultaria da não concessão da medida cautelar pleiteada, temos a atividade cautelar sempre ancorada no *fumus boni juris* e no *periculum in mora*.

A tutela cautelar tem o escopo de garantir a atuação prática e eficaz da própria jurisdição, considerada, pois, como o terceiro gênero.

Frente ao exposto, temos que a tutela jurisdicional exercida pelo Estado-Juiz se apresenta sob três formas⁸⁵: a tutela de conhecimento⁸⁶; a tutela de execução; e a tutela cautelar.

1.1.1 Processo e Tempo

Para THEODORO JÚNIOR (2006, p. 21-22), o provimento judicial definitivo não pode ser ministrado instantaneamente. A composição do conflito de interesses, mediante o processo, só é atingida pela seqüência de vários atos essenciais que ensejam a plena defesa dos interesses das partes e propiciam ao julgador a formulação do convencimento acerca da melhor solução da lide, extraído do contrato com as partes e com os demais elementos do processo.

Assim, entre a proposição e a satisfação (que pode vir com a sentença ou ato executivo) há necessidade de certo lapso temporal, que sofre variação de acordo com o caso concreto em análise, a natureza do procedimento e até mesmo anormalidade do funcionamento judicial, em sentido amplo.

Certamente, o ideal de justiça está fundado na recomposição do fato ao estado inicial ao conflito de interesses, e por esta função, as sentenças possuem efeito declarativo-retroativo ao momento da propositura das ações. Contudo, segundo THEODORO JÚNIOR (2006, p 22) “[...] é indubitável, porém, que o transcurso do tempo exigido pela tramitação processual pode acarretar ou ensejar variações irremediáveis não só nas coisas, como nas pessoas e relações jurídicas substanciais envolvidas no litígio.”

⁸⁵ Nas lições de MARQUES (2000, v. 2, p. 220) “[...] na chamada jurisdição voluntária, por existir tão-só atividade material de caráter administrativo (embora formalmente judiciária), não se configura qualquer modalidade de tutela jurisdicional que possa constituir um quarto gênero.”

⁸⁶ Esta tutela pode ser desmembrada em tutela jurisdicional meramente declaratória (na qual o juiz restaura a ordem jurídica, ao mesmo tempo que, compõe o litígio, fazendo imperar a certeza); condenatória (ele restaura o direito violado fazendo com que o autor da sanção sofra as conseqüências de seu ato e repare a lesão praticada); constitutiva (a alteração do *status quo ante* é conseqüência da infração cometida contra a ordem instituída, embora sob forma diversa da condenação. O autor da infração dá causa, assim, a que ora se altere a situação anterior, e nisto consiste a forma de reagir da ordem jurídica diante desse ato ilícito); e mandamental (o juízo manda, determina que a ordem seja imediatamente cumprida pela parte, contra quem foi proferida a decisão).

1.1.2 Eficácia e Utilidade da Prestação Jurisdicional

A jurisdição, que nas palavras de CHIOVENDA (1965, v. 1, p 301), “[...] consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade de órgãos públicos à atividade de outros, seja no afirmar a existência de uma vontade da lei, seja em determinar ulteriormente que ela produza seus efeitos.”, e que é exercida por monopólio do Estado em caráter substitutivo, não é suficiente que seja garantida pelo Estado através da instituição do processo, por meio da ação.

A função principal do processo é, sem qualquer sombra de dúvidas, garantir a paz social, por intermédio do império da lei; e para além da garantia da proposição da ação, o Estado-Juiz deve também, vislumbrar através da jurisdição a justa composição da lide. Neste contexto, não é suficiente que se garanta apenas a solução judicial para todos os conflitos, é imprescindível que haja uma solução justa, apta, útil e eficaz que possibilite à parte a tutela prática a que tem direito segundo a ordem vigente.

Segundo THEODORO JÚNIOR (2006, p. 23), sintetizando o exposto:

[...] é indispensável que a tutela jurisdicional proporcionada pelo Estado e seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o desígnio para o qual foi engendrada, pois de nada valeria condenar o obrigado a entregar a coisa devida se ela já inexistir ao tempo da sentença; ou garantir à parte o direito de colher um depoimento testemunhal, se a testemunha decisiva já estiver morta, quando chegar à fase instrutória do processo; ou ainda, declarar em sentença o direito à percepção de alimentos a quem, no curso da causa, vier a falecer por carência dos próprios alimentos.

1.1.3 Urgência: Tempo *versus* Efetividade

No Brasil, o direito de acesso à Justiça e à efetividade da tutela jurisdicional é garantido pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV. Podemos ressaltar que este direito à efetividade decorre tanto do direito constitucional de ação como do devido processo legal. Isto porque, quando a Constituição assegura amplo poder de acesso ao Judiciário, estabelece também o meio para tirar a jurisdição de sua inércia, sendo este meio o processo.

Os modelos tradicionais mostraram-se ineficazes no sentido de cumprir o objetivo para o qual se dispuseram, quando o Estado atraiu para si a exclusividade de competência para dizer o direito no caso concreto.

Importante ressaltar, que a frustração desta efetividade pretendida, se deu não só pela morosidade com que se conduz o processo no Judiciário Brasileiro, mas também pela ausência de mecanismos que sejam mais apropriados à efetivação do próprio direito material pleiteado.

Transformações sociais, culturais e mesmo espirituais trouxeram para a vida em sociedade necessidades até então inimagináveis ou então que não haviam sido suscitadas. Em decorrência dessas questões, o processo até então existente mostrou-se inócuo.

Diante deste cenário nefasto e catastrófico, emergiram as denominadas tutelas diferenciadas, exatamente com objetivo de atender estes anseios de ordem social, e trazer uma carga de credibilidade e efetividade a prestação jurisdicional.

As tutelas diferenciadas, assim, nada mais são do que mecanismos das quais o Poder Judiciário dispõe para solucionar ou resguardar a solução de questões fáticas ou de direito, que estão em situação de emergência ou urgência, bem como daquelas que, pela sua natureza, demandam maior celeridade na sua concessão. A tutela jurisdicional diferenciada, desta forma, visa integrar o direito material ao direito processual, garantindo a cada espécie daquele, de acordo com a necessidade e na medida do possível, uma maior efetividade por intermédio da adequação deste.

Pode-se assim dizer, que a finalidade última das tutelas diferenciadas é adequar o sistema jurídico, de modo a proporcionar maior rapidez, adequação e efetividade aos direitos carentes de maior celeridade na sua prestação e em relação aos quais as formas tradicionais não têm conseguido garantir a tutela jurisdicional de forma apropriada. Essas tutelas jurisdicionais seriam concedidas, em regra, mediante cognição sumária, a qual não exigiria uma observância tão rigorosa do procedimento, cabendo concessão da tutela sem violação ao princípio do devido processo legal. Tal forma de cognição mostra-se mais ágil e adequada para viabilizar determinadas tutelas jurisdicionais que se enquadram dentre as diferenciadas, as quais demandam elevada celeridade na sua prestação.

Ao nosso ver, contudo, as tutelas de urgência, expoente máximo das chamadas tutelas diferenciadas, utilizam-se de mecanismos mais ágeis – a cognição sumária –, que fundamentam-se a partir da morosidade de nosso sistema de prestação jurisdicional; mas conforme exposto, possuem como finalidade uma maior efetividade do processo – princípio norteador do novo sistema processual moderno.

Isto nos leva ao corolário de que a urgência que adjetiva a novas tutelas, não se vincula ao elemento temporal, mas para além dele, se justifica em face à própria necessidade de garantia de uma efetividade de Justiça.

Tal colocação apóia-se no trinômio adequação/tempestividade/efetividade que, como vem pregando Kazuo WATANABE (1995), há de presidir o sistema de tutela jurisdicional nos tempos modernos.

1.2 Tutela Jurisdicional de Urgência

1.2.1 Justificativa

Conforme já mencionado, é notável que o processo, pelo escopo que tem de fazer atuar o Direito nas relações jurídicas *in concreto*, necessita de certo espaço de tempo para realizar todo o procedimento previsto na legislação processual, a fim de que o Juiz conheça do litígio de forma ampla e aprofundada, para que possa decidir, com segurança, a solução mais próxima ao direito material e mais justa.

No entanto, pode ocorrer, e freqüentemente ocorre, que durante esse intervalo de tempo, haja alterações nas coisas, pessoas e interesses envolvidos no litígio e que, ao final, podem levar ao esvaziamento da questão jurisdicional, pela inutilidade da solução final do processo. E é exatamente neste contexto que surge a necessidade de que o processo – e a própria jurisdição – não só garanta a solução de acordo com o Direito para todos os conflitos, mas que essa solução seja efetivamente justa, e apta a tutelá-los de forma útil e eficaz.

Não obstante a possibilidade de se pleitear uma indenização, por exemplo, nos casos de perecimento do objeto da lide durante o processo, outros casos há em que nem isso é possível, tendo em vista que de nenhuma forma seria possível compensar o que fora perdido.

Assim, torna-se essencial que a atividade jurisdicional disponha de instrumentos e mecanismos adequados a contornar os efeitos degradantes que o tempo pode causar as situações que seriam protegidas pelo direito material, a fim de que a prestação jurisdicional não corra o risco de cair no vazio ou de transformar-se em provimento inútil e inócuo.

Embora muitos sejam os expedientes de que o direito processual tem lançado mão a fim de adequar o processo em situações de urgência – em que é indubitável a inutilidade de

um processo moroso – estão as tutelas de urgência entre os mais importantes destes meios, e das quais o direito processual atual não pode prescindir na busca da efetividade.

Tutela de urgência é gênero do qual são espécies, em nosso ordenamento, aquelas providências que tomadas antes do desfecho natural, visam afastar situações que colocam em risco a efetividade do processo e prejuízos que ameaçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva, e contra os quais o procedimento comum se mostra inoperante.

São consagrados em nossa legislação dois tipos de espécies: a tutela cautelar e a tutela antecipatória. Em comum a força de ensejar sumariamente provimentos, que seriam cabíveis depois do entendimento definitivo da existência do direito da parte; a diferenciação, entre elas, está no terreno sobre o qual irão operar e na forma com que irão fazê-lo, bem como nos requisitos de sua utilização. A principal diferença reside no fato de que, enquanto a tutela cautelar cuida de resguardar a situação jurídica de perigo (caráter assecuratório), a tutela antecipatória antecipa o próprio mérito ou seus efeitos fáticos da decisão, satisfazendo diretamente o direito subjetivo da parte.

1.3 Urgência: Acepções Leiga e Jurídica

Nas lições do ilustre francês JESTAZ (1968, p. 2): “[...] não há por parte dos juristas, devido interesse em conceituá-la (a urgência), embora não escondam a importância prática que a mesma traz à realidade jurídica, quando falam nos prejuízos causados pela conhecida morosidade processual.”

Assim, antes de adentrarmos o estudo em relação à relevância e dogmática das Tutelas de Urgência, traçaremos a conceituação desta, tanto em relação ao seu uso corriqueiro, quanto em seu sentido jurídico.

Em relação ao primeiro, *Urgência* no Novo Dicionário da Língua Portuguesa significa “qualidade ou caráter de urgente”, derivado do latim *urgentia*; enquanto urgente tem acepções como “que urge, que é necessário ser feito com rapidez; indispensável, imprescindível; iminente, impendente.” (FERREIRA, 1986, p. 1431).

Melhor definição é dada por De Plácido e SILVA (1980):

[...] do latim *urgentia*, de *urgere* (urgir, estar iminente), exprime a qualidade do que é urgente, isto é, premente, é imperioso, é de necessidade imediata, não deve ser protelado, sob pena de provocar ou ocasionar um dano, ou um

prejuízo. Assim, a urgência assinala o estado das coisas que se devam fazer imediatamente, por imperiosa necessidade, e para que se evitem males, ou perdas, conseqüentes de maiores delongas, ou protelações.

As acepções leiga e jurídica não apresentam grande divergência, e exprimem a necessidade de feitura das coisas de forma invariável, ou seja, daquilo que não deve ser protelado.

Para ORIONE NETO (2000b, v. 1, p. 175, grifo nosso), ao tratar do assunto indica que juridicamente o conceito de urgência provém, não somente da necessidade da feitura das coisas, por não comportar protelação, como também do fator tempo, no sentido de que a tutela judicial urgente tem por escopo evitar dano irreparável ou de difícil reparação, de molde a evitar que a demora ou tardança do processo possa trazer prejuízos a quem não tem razão, seja em virtude de risco de ineficácia da execução ou obstáculos que o réu maliciosamente põe ao andamento normal do processo. Destarte o conceito de urgência não está obrigatoriamente vinculado à provável existência de um perigo de dano (*periculum in mora*). Esta vinculação só ocorre quando ela possuir uma função cautelar. “A urgência, no sentido que aqui se preconiza, permeia qualquer situação fática de risco ou embaraço à efetividade da jurisdição.”

Buscando sintetizar este entendimento, alarga o conceito de urgência para atingir ZAVASCKI (1997, p. 30) “[...] todas as situações em que se verifique: a) risco de direito pela sua não fruição imediata; b) risco à execução pelo comprometimento de suas bases materiais; ou ainda, c) risco a regular prestação da tutela jurisdicional pela indevida oposição de embaraços.”

1.4 Acesso à Justiça e Tutela de Urgência

O processo de formação histórico, social, cultural, e política de nosso ordenamento foi marcado, não diferentemente do jurídico, por afastamento da sociedade, causando, no campo do Direito além de uma supressão dos direitos e garantias individuais do cidadão, um anacrônico distanciamento entre este e a Justiça.

Notadamente com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988 no Brasil, assegurando ao jurisdicionado o pleno acesso à justiça⁸⁷, além de promulgar outras garantias como do devido processo legal, do juiz natural, do contraditório, da publicidade dos atos judiciais, da fundamentação de toda e qualquer decisão judicial, fora que os administrados passaram a enxergar uma justiça não só acessível, mas como possibilidade concreta de solucionar conflitos de forma imparcial e ponderada.

Em decorrência de tais garantias, é cada vez maior o número de jurisdicionados que vêm bater às portas do Judiciário, e em razão disto, para o Professor Arruda ALVIM (1996, p. 85) o citado “modelo tradicionalmente predominante”⁸⁸ demonstrou-se insuficiente para atendimento dos anseios, sendo necessária a criação de Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas, portanto, de modalidades de tutelas de urgência.

Para ORIONE NETO (2000b, v. 1, p. 179):

[...] as tutelas jurídicas diferenciadas devem situar-se como contrapartida do direito à adequada tutela jurisdicional, que representa numa análise mais perceptível da realidade, concretização do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional [...] que não é apenas de assegurar o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação de justiça e também o acesso à ordem justa.

No que tange as tutelas diferenciadas, estas se consubstanciam de duas maneiras: a primeira com criação de instrumentos mais efetivos à solução da lide – como, por exemplo, mandado de segurança, *habeas corpus*, a ação popular, a ação civil pública, o mandado de injunção, o *habeas data* e a ação coletiva; a segunda, com adoção de mecanismos de agilização da prestação jurisdicional – como exemplo a criação dos juizados especiais cíveis e criminais; bem como a tutela antecipatória, instituída pela Lei 8952/94.

É certo que dentre estas, daremos maior destaque a que introduziu profundas modificações no sistema procedimental da ordinaryidade: a tutela antecipada. Com sua introdução neutralizam-se os expedientes protelatórios ou o abuso do direito de defesa do demandado, ou ainda, poupa-se o demandante de danos irreparáveis ou de difícil reparação. Segundo DINAMARCO (1996, p. 14), o instituto da tutela antecipatória é um instrumento a serviço do processo civil de resultados, visto que ao cumprir seu objetivo maior de distribuir o

⁸⁷ Preconiza o artigo 5º, inciso XXXV que nenhuma lesão ou ameaça de direito será excluída a apreciação do poder judiciário

⁸⁸ Segundo o professor tal modelo tradicional predominante é o processo comum ordinário (principalmente com audiência). A insuficiência e ineficiência deste modelo tradicional pode-se dizer universalmente reconhecida e proclamada.

ônus do tempo no processo, rompe com o ultrapassado regime processual até então vigente em nosso ordenamento, trazendo consigo efetividade ao acesso a Justiça.

1.5 Tutelas de Urgência e Função Social

Para ORIONE NETO (2000b, v. 1, p. 183) as aspirações e interesses atuais da sociedade civil moderna, marcada especialmente pelo fenômeno dos conflitos de massa, levaram à necessidade de readaptação das concepções doutrinárias e formulação legislativa do processo civil contemporâneo a ajustar-se às necessidades da nova realidade social; e citando CAPPELETTI (1994), dentre as necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente.

Constata-se assim que ao processo civil foram incorporadas técnicas de tutela sumária visando à garantia da tutela jurisdicional contra os obstáculos naturalmente envolvidos com a dilação temporal, um grave mal social que provoca para além de danos econômicos, a descrença no sistema e a sensação de impunidade e de injustiça.

Os sistemas jurídicos assim, atendendo o clamor social, vêm adotando – ou regulamentando – cada vez mais e melhor, mecanismos que visam neutralizar os prejuízos relativos a duração do processo e os efeitos do tempo sobre este.

De acordo com lição de FIGUEIRA JÚNIOR (1999, p. 98):

[...] as tutela sumárias (cautelares ou não) servem, em outras palavras, para neutralizar os efeitos do tempo que incidem impiedosamente sobre os bens litigiosos e reflexamente sobre as próprias partes litigantes, em razão da duração do processo cognitivo exauriente ou do processo de execução.

Classifica em três tipos as tutelas sumárias urgentes:

a) tutela sumária urgente satisfativa autônoma: como exemplo podemos citar obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida (CPC artigo 888, I); entrega de bens de uso pessoal de cônjuge e de filhos (CPC, artigo 888, III); o afastamento do menor autorizado a contrair casamento contra vontade dos pais (CPC, artigo 888, IV); o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral (CPC artigo

888, V), a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança, ou outro interesse público (CPC, artigo 888, VIII);

b) Tutela sumária urgente satisfativa interinal: a liminar nos *writs* constitucionais (mandado de segurança, *habeas corpus*, ação popular, *habeas data*, mandado de injunção); liminar na tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer (artigo 461, §§ 3º, 4º e 5º do CPC); no Código de Defesa do Consumidor (artigo 84, §§ 3º, 4º e 5º), liminar concedida em ação civil pública (Lei 7347, artigo 3 cc artigo 21); tutela interinal de Lei de Inquilinato (artigo 59, §1º); ações possessórias (artigo 928 do CPC); ação de nunciação de obra nova (artigo 937 CPC); embargos de terceiro (artigo 1051 CPC); ação de recuperação de bem vendido com reserva de domínio (artigo 1071 CPC); ação de busca e apreensão fiduciária (artigo 3 do Decreto Lei 911/69); em ação de desapropriação por utilidade pública e interesse social (artigo 15 do Decreto-Lei 3365/41), ação de usucapião especial (lei 6969/81 artigo 5, §1); ação de imissão de posse, prevista no decreto lei 70/66 artigo 37; e ação de alimentos (Lei 5478/68 artigo 4).

c) Tutela sumária urgente cautelar: as ações cautelares inominadas ou atípicas, com base no poder geral de cautela do juiz; e as ações cautelares nominadas ou típicas como arresto, seqüestro, busca e apreensão, cauções com caráter liminar, produção antecipada de prova cautelar, arrolamentos de bens. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 97-105).

Antes da promulgação da Lei 8952/94, que deu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil, e que instituiu a tutela antecipatória no ordenamento pátrio – que se enquadra no rol das tutelas sumárias urgentes satisfativa interinal, de acordo com a classificação ora apresentada –, não havia possibilidade de requerimento de satisfação provisória de direito *sub judice* no processo comum ordinário. E fora em razão disto que comumente, a práxis forenses – consubstanciada pelas jurisprudências, encontrando ressonância inclusive na doutrina – passou a valer-se do expediente de utilizar da fórmula cautelar, sob pretexto da urgência, para se conseguir a antecipação do objeto em litígio.

Tais procedimentos receberam o nome de “cautelares satisfativas”, que segundo FIGUEIRA JÚNIOR (1999, p. 103) tratava-se de uma tentativa de minimização dos efeitos daquilo que podemos chamar de *collo de botiglia*, representado pelo anacronismo em que se encontrava mergulhado o nosso Poder Judiciário, em todos os foros e instâncias, combinado com o fantasma mitológico da ordinariedade e os reflexos negativos por ele originados.

Isto se justificava porque a sociedade clamava por instrumentos que lhe garantisse a efetividade do processo, que conforme exposto, foi sanado com a regulamentação do artigo 273 CPC, retomando as fórmulas cautelares seu escopo assecuratório.

Desta feita, conclui-se na lição de ORIONE NETO (2000b, v. 1, p. 188), que com uma função eminentemente social, as tutelas de urgência, através da jurisdição acautelatória ou cognitiva antecipatória, bem como através da concessão de liminares referente a estas

modalidades, realizam por meio do Estado-Juiz a abreviação dos conflitos de interesses resistidos ou insatisfeitos, para usar a expressão carnelutiana, com o ideal sempre voltado à pacificação social, como bem maior perseguido na distribuição da justiça.

1.6 Perfil Dogmático da Tutela de Urgência

1.6.1 Noção Evolutiva

Segundo MARINONI (1992, p. 36-38), as medidas de urgência já eram conhecidas à época do direito romano.

Destarte, como bem analisa CARPI (1995, p. 4) “[...] a perspectiva não é nova, o que é novo em nossa época é a consciência nos ordenamentos modernos de que a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos não é efetiva se não obtível rapidamente.”

Merece destaque à figura existente no direito romano denominada *cautio domni infecti*, que permitia ao requerente obter uma garantia de ressarcimento nos casos de perigo de dano, sendo que se o requerido não prestasse caução, o pretor poderia imitar o requerente na pose de seus bens. Também havia a figura do seqüestro, que consistia no depósito de uma coisa em poder de uma terceira pessoa, a fim de que fosse conservada, por se temer que, ao ficar em poder de uma das partes, pudesse chegar a perder-se ou deteriorar-se.

No direito italiano, o *Código de Procedure Civile*, de 1942, em seu artigo 700 regula os chamados *provvedimenti d'urgenza*. Tal artigo fora apontado por MOREIRA (2004, p. 93)

[...] fora dos casos regulados nas ações precedentes, quem tenha motivo fundado de temer que, durante o tempo necessário para fazer valer pela via ordinária seu direito, este fique ameaçado de prejuízo iminente e irreparável, pode requerer ao juiz as providências urgentes que, de acordo com as circunstâncias pareçam mais idôneas para assegurar provisoriamente os efeitos da decisão sobre mérito.

A doutrina afirma o caráter instrumental e cautelar das medidas decretadas com base neste artigo. Ao longo dos anos, porém, houve expansão da utilização desse dispositivo, com extrapolação dos limites fixados pelo código datado da década de quarenta, pela

crescente necessidade de, em certas situações, se satisfazer o direito provisoriamente, sob pena de dano irreparável. Na Itália, tal fenômeno fora admitido, sem maiores problemas, desde cedo, aceitando-se que pudessem coexistir no mesmo ato a função cautelar, não satisfativa, e a função antecipatória, satisfativa e de caráter provisório.

Seria assim, a decisão antecipada e provisória do mérito uma das espécies do gênero cautelar. Nota-se que o citado artigo 700 previa possibilidade de concessão de providência que assegurasse provisoriamente os efeitos sobre o mérito, fundado no *periculum in mora*.

No direito francês, pode-se destacar o instituto das *ordonnances de refere*, que teve origem na praxe forense e fora, agasalhado pela legislação.

O antigo Código Napoleônico já havia tratado de tal instituto no capítulo consagrado à execução, embora de maneira modesta. Porém, o desenvolvimento prático ultrapassou, e muito, os marcos desta legislação.

Assim, o novo *Code de Procédure Civile*, de 1975, dedicou-lhe vários dispositivos, embora sem grande preocupação em sistematização.

Uma *ordonnance de refere*, de acordo com o artigo 484 do Código vigente, é uma decisão provisória, proferida a requerimento de uma parte, presente ou convocada a outra, nos casos em que a lei confere a um juiz, que não é o da causa principal, o poder de ordenar imediatamente as medidas necessárias.

O campo de aplicação da figura, no entanto, continuou a dilatar-se. De acordo com a tradição, as características do *refere* constituem no pressuposto da urgência, no caráter provisório e na ausência de efeito vinculativo para o juiz incumbido da causa principal. Porém, a medida que se expande o uso desse instrumento, tais características vêm se atenuando. A urgência, por exemplo, em alguns casos, já é presumida pela lei, ou até mesmo dispensada.

Cabe destacar, também, a figura do *referé provision*, que é uma espécie de medida antecipatória. Está previsto na segunda alínea do artigo 809, para os casos em que a obrigação afirmada pelo requerente não parecer seriamente contestável ao magistrado, podendo este conceder um *provision* que pode apresentar conteúdo igual ao da sentença que julgasse a causa procedente.

No direito francês moderno se encontram, segundo THEODORO JÚNIOR (2005, p. 643), três modalidades de medidas provisórias: a modalidade clássica de tutela cautelar, que resguarda a situação litigiosa sem entrar no mérito da causa (*mesures d'attente*); modalidade moderna de tutela antecipada, que produzem resultados provisórios de satisfação imediata do direito do litigante (*mesures provisoires qui anticipent sur le jugement*); e

modalidade de tutela antecipada que permite ao juiz, ainda que pendente de recurso a decisão final, que autorize sua provisória execução sempre que considerar necessário (*mesures provisoires qui anticipent sur l'exécution*).

O direito alemão demonstra-se na mesma linha, ditando o § 935 da ZPO: “Pode o juiz adotar medidas provisórias de segurança, relativas à coisas litigiosas, quando for de temer que modificações do estado atual possam frustrar ou tornar notavelmente difícil a satisfação do direito da parte.”

O § 940 por sua vez, estabelece ainda que:

Permite-se a adoção de medidas cautelares para regular um estado provisional, respeitante a uma relação jurídica controvertida, se tal regulamento se considerar necessário para evitar prejuízos de monta ou atos de força que a ameacem, ou por outros motivos, especialmente quando se tratar de relações jurídicas permanentes.

A diferença da medida prevista neste último está em tender a constituir uma situação de fato provisória, enquanto a primeira tem por fim impedir a destruição ou alteração do objeto de litígio.

Destas, ainda que superficiais, alusões aos institutos que tratam das medidas de urgência no direito comparado, percebe-se que, de início, lutava-se apenas pela preservação dos bens envolvidos no processo lento e demorado, afastando-os de eventual situação perigosa à sua conservação, para submetê-los, a uma sentença útil para os litigantes. Com essa preocupação, construiu-se basicamente a teoria das medidas cautelares.

Porém, ficava fora desse campo de tutela preventiva um outro grave problema, que era o da demora na prestação jurisdicional satisfativa, o qual, em si mesmo, poderia configurar uma denegação de justiça, ou uma verdadeira sonegação da tutela jurisdicional, e que é assegurada entre as garantias fundamentais do Estado Social Democrático de Direito.

Sentindo-se tal necessidade, passou-se a defender algo mais efetivo que a medida cautelar. Cada vez mais se reclamava a generalização do poder cautelar, de modo a dotar o órgão judicial de um poder geral não apenas cautelar no sentido estrito, mas que abrangesse também, e sempre que necessário, a antecipação da satisfação do direito material da parte; isso, sempre que o direito se mostrasse evidente e sob risco de frustração final, na hipótese de ter de aguardar o esgotamento de todos os trâmites do processo ordinário.

Em todo o Direito Europeu, o que se percebe, foi que houve uma evolução, não sem alguma resistência, no sentido de conceber a tutela provisória tanto para conservar como

para efetivamente regular a situação jurídica material das partes, basicamente dentro do mesmo tipo de procedimento.

No Brasil, porém, o quadro evoluiu de forma um pouco diferenciada.

Nas Ordenações já se tratava de tutela cautelar, embora somente através de medidas específicas, seguindo-se do mesmo modo, até as ordenações Filipinas.

No Regulamento 737, de 1850, podemos encontrá-la no Título “Processos preparatórios, preventivos e incidentes.”

No Código de Processo Civil de 1939 disciplinou-se o assunto no Título I que tratava das medidas preventivas, dentro do livro destinado aos processos acessórios. Neste, surge pela primeira vez no direito brasileiro a figura do Poder Geral de Cautela.

O atual Código de Processo Civil destinou o seu Livro III, às denominadas Medidas Cautelares. Há de se destacar, porém, que algumas medidas, embora albergadas neste livro não tem característica de cautelaridade por lhes faltar a temporariedade, mas que ali foram sistematicamente colocadas por se basearem, também na urgência.

Porém, a exemplo daquele quadro já bem definido no direito europeu, também no Brasil sentiu-se a necessidade de haver tutela fundada na urgência que pudesse provisoriamente, antecipar a tutela os seus efeitos, realizando o direito dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.

O meio freqüentemente utilizado para veicularem pretensões dessa natureza, que por excederem os lindes da cautelaridade não encontravam instrumentos próprios, foi o processo cautelar. Quem tinha tal previsão invocava o Poder Geral de Cautela, contido no artigo 798 do CPC, e os Tribunais, sensíveis à necessidade de acudir tais situações merecedoras de tutela, recepcionavam a prática.

Difundiram-se na prática judicial, as chamadas cautelares satisfativas, que demonstram clara contradição de sentidos.

O legislador então, em alguns procedimentos específicos passou a permitir liminares com tal característica. Porém, foi com o advento da Lei 8952 de 1994 que foi modificada a redação do artigo 273 do Código Processual, que se passou a autorizar genericamente a antecipação parcial ou total dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que houvesse prova inequívoca que demonstrasse verossímil a alegação do autor e receio do dano irreparável ou de difícil reparação.

Tutela cautelar e tutela antecipatória, espécies do gênero tutela de urgência que são, vieram, portanto, como importantíssimos e utilíssimos instrumentos de defesa do Direito

e da Jurisdição, que conforme apontado, perdia-se durante o processo ou não conseguia ser defendido por perecerem os elementos necessários ao bom deslinde, em razão do tempo.

1.6.2 Espécies de Tutela de Urgência

Notadamente há duas espécies do gênero tutela de urgência em nosso ordenamento, a saber: a tutela cautelar e a tutela antecipatória satisfativa. Nestas, o elemento comum é sabidamente a urgência, *lato sensu* considerada.

Importante salientar que durante vinte e um anos, ou seja, de 1973 a 1994 (período da promulgação do CPC, e da entrada em vigor da lei que regulou a tutela antecipatória), o entendimento que predominava nos casos de pretensão de uma medida que antecipasse satisfativamente o objeto do litígio era uma mutação das fórmulas cautelares – até então, processo que tinha como elemento essencial à urgência. Viu-se uma aberração jurídica ser construída, o que é melhor explicado por Aroldo Furtado FABRÍCIO (1996, p. 14) “[...] falar-se de cautela satisfativa é tão desarrazoado e inaceitável quanto a idéia de gelo quente. Ou bem se fica com o substantivo ou com o adjetivo; ou se trata de cautela e não satisfaz, ou é medida satisfativa e não pertence ao universo das cautelas.”

Identificadas as espécies, e sabidamente não coincidentes, importante estudo deve ser feito em relação à função, estrutura, eficácia, efeitos e objeto de cada uma delas.

1.6.3 Tipologia das Urgências (Cautelar e Satisfativa): Aspectos Estruturais e Funcionais

Comuns e Distintos

O primeiro ponto comum nuclear entre as espécies cautelar e antecipatória satisfativa é a sumarização do procedimento, recurso que segundo FIGUEIRA JÚNIOR (1999, p. 153), consiste na redução do lapso destinado ao conseguir da providência jurisdicional emitida em forma de liminar, *inaudita altera pars*, ou após justificação prévia, mas em qualquer dos casos, sempre norteada por uma cognição sumária.

Aliás, sobre o assunto, MARINONI (1998, p. 23) informa que é a cognição sumária a própria das situações de aparência, ou melhor, dos juízos de probabilidade. Trata-se

da cognição pertinente aos procedimentos que não permitem, em razão de uma determinada situação, a cognição aprofundada do objeto litigioso.

É por óbvio que a cognição exauriente, por exigir aprofundamento em sua análise, não atenderia os anseios da urgência exigidos por este tipo de tutela. As medidas de urgência exigem pois, uma restrição, sacrificada em favor da presteza, onde a prova não é de certeza, mas de possibilidade.

A cognição sumária que permeia a tutela cautelar e a tutela sumária satisfativa certamente é fundada no *periculum in mora*; ele é quem exige uma prestação pronta e imediata, sob pena de perder sua eficácia.

Muito embora a cognição sumária da tutela cautelar assumam característica diversa da cognição sumária da tutela antecipatória, o certo é que ambas as cognições são conseqüência lógica da existência de situação de urgência.

Para FIGUEIRA JUNIOR (1999, p. 153):

[...] o conhecimento sumário se reduz à análise das provas escritas que instruem a peça inicial, e ou testemunhais produzidas em audiência de justificação; unilateralmente, suficientemente capazes de respaldar um juízo preliminar, provisório ou temporário à segurança ou a satisfatividade no plano factual, fulcrado na probabilidade de configuração de dano grave, irreparável ou de difícil reparação, assegurando utilidade e eficácia do provimento principal, definitivo e ou em verossimilhança do direito pela parte demandante.

E completa ORIONE NETTO (2000b, v. 1, p 199-200) importante assinalação de que as tutelas de urgência buscam fundamento na provável existência do direito que constituirá, ou já constituiu, objeto do processo à cognição plena ou limitada, podendo estar ou não acompanhada do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, já que este, se imprescindível na tutela cautelar, não o é, em alguns casos, na tutela sumária satisfativa.

Outro caractere presente nestas tutelas é a impossibilidade de resolverem a lide; visto que a cautelar apenas assegura, enquanto a satisfativa apenas antecipa. Assim, compõem-se como tutelas temporárias e provisórias respectivamente⁸⁹.

O próximo elemento comum é a função que ambas exercem em prevenir o dano, vinculadas à urgência. Em relação à antecipatória vem expressamente prevista no artigo 273, I

⁸⁹ Melhor explicação sobre esta diferença entre temporária e provisória será dada na descrição das características de cada uma das tutelas

CPC, “[...] fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”⁹⁰; e em relação a cautelar, é fácil depreender a partir da leitura dos artigos 798, 799, 801 inciso IV e 804.⁹¹

Melhor distinção em relação a prevenção ao dano entre as espécies é feita pelo Professor ORIONE NETO (2000b, v. 1, p 207 – 208):

[...] no processo cautelar, a prevenção do dano ocorre sem interferência do plano do direito material, nele não se verificando efeito antecipado da futura sentença de mérito. A ordem cautelar atua no plano sensível com caráter puramente conservativo [...] já na hipótese do artigo 273, não basta apenas conservar para afastar a insatisfação decorrente do estado antijurídico, mostrando-se necessária a antecipação, parcial ou total, dos próprios efeitos materiais da sentença a ser proferida no processo de conhecimento. A natureza do *periculum in mora* constitui-se, nesse caso, não pelo temido desaparecimento dos meios necessários a formação e execução da providência, mas sim, precisamente, pela permanência do estado de insatisfação do direito, objeto do futuro juízo de mérito.

Há assim evidente diversidade da natureza do *periculum in mora*, em virtude da diversidade dos efeitos do provimento judicial.

ORIONE NETO (2000b, v. 1, p 209):

[...] em regra, tanto a tutela antecipatória quanto a cautelar retiram algo ao demandado, invadindo sua esfera jurídica e privando-o do gozo, atual ou potencial, de um determinado bem ou direito. Mas os resultados não são idênticos do ponto de vista do autor: a cautela não lhe acrescenta de imediato nada ao ativo jurídico, salvo a segurança; já o provimento antecipatório outorga-lhe o desfrute imediato do bem ou direito. A cautela só dá ao autor a expectativa favorável da efetiva fruição do direito no futuro, a antecipação o coloca desde logo em condições de usufruir.

José Francisco OLIVEIRA (1995, p. 27-28) sintetiza todo entendimento ao lecionar que o efeito jurídico da tutela antecipatória – que se aproxima do verbo satisfazer, e a cautelar do verbo assegurar - é que realmente as diferencia, impedindo que possam ser consideradas da mesma espécie, não obstante compartilharem da mesma função (prevenir o dano) e da mesma estrutura (sumariedade do procedimento). Desse modo, embora não da mesma espécie, tutelas cautelar e antecipatória satisfativa compartilham do mesmo gênero tutela de urgência – gênero destinado à prevenção do dano provável ao direito da parte, mediante ordens e mandamentos que interfiram desde logo no plano sensível. Isto significa que, a tradicional tripartição do processo em

⁹⁰ A antecipação deve atuar nos limites da sua finalidade essencial – de prevenção do dano ou do prejuízo – antecipa-se efeito bastante e suficiente para impedir a lesão.

⁹¹ Nestes casos a função precípua é exatamente a prevenção do dano vinculado a urgência; é necessário e indispensável para obtenção da tutela cautelar; trata-se de elemento do próprio mérito.

conhecimento, execução e cautela, deve evoluir para adoção de conceito mais amplo, mudando-s o último para equação de processo de urgência.

1.6.4 Efetivação da Tutela de Urgência

É indiscutível o avanço conseguido com a regulamentação dos institutos pertinentes as tutelas de urgência, porém basta a previsão legal – formalmente consignada, necessário se faz para além que a efetivação destas seja garantida. Ou seja, é imprescindível a entrega ao jurisdicionado do bem da vida pleiteado em juízo.

Conforme lição de ORIONE NETO (2000b, v. 1, p. 225):

[...] é notória a crise por que passa o modelo tradicional de atuação da sentença condenatória, seja em virtude da morosidade do processo de conhecimento que rende ensanchas à formação do título executivo judicial, seja em razão da necessidade de instauração de novo processo, em caso de inadimplemento da condenação.⁹²

A efetivação da medida é problema ainda mais grave no tocante a tutela de urgência, em face da sua própria natureza não suportar protelação; razão pela qual a instrumentalização para garantia da execução deve ser redobrada.

Em face disto, não se valem do processo executório para serem efetivadas; são dotadas de auto-executoriedade; a própria decisão que as aprecia – ainda que em sede liminar – revestem-se de força executória. Eis o chamado caráter sincrético de tais medidas.

Em face a tais especificidades não se tem admitido como instrumento de defesa a dedução dos embargos à execução por parte do executado. Isso porque os embargos são típicos da ação de execução; e eis que não existindo execução forçada não há motivos para embargos.

Para MARINONI (2004, p. 130), “[...] o provimento de urgência possui executividade intrínseca, ou seja, é dotado da capacidade de produzir efeitos imediatamente. Ou em outras palavras, não é necessário ao autor, depois de ter obtido a decisão de procedência, utilizar-se da execução.”

Para FONSECA (1990, p. 138) todo e qualquer evento modificativo, extintivo ou impeditivo do provimento – em sede de tutela de urgência – deve ser levado ao conhecimento

⁹² Problema parcialmente superado em recente reforma no Processo de Execução.

do juiz, de outro modo, porém, que não sob forma processual típica, tal qual ocorre no processo de execução.

No caso de ultrapassar os limites fixados pela sentença, segundo ORIONE NETO (2000b, v. 1, p. 229), poderá o prejudicado levar imediatamente ao conhecimento do juiz o ocorrido, a fim de que este possa adequar o cumprimento do mandado ao objeto concedido pelo *decisum*. Se se tratar de medida liminar, nada obsta que haja a revogação ou a modificação imediata da ordem concedida, de molde a restar assegurado o princípio da isonomia no tratamento das partes.

E finalmente, preconiza MARINONI (2004, p. 138) “[...] se a tutela cautelar provocar a constrição indevida de bens de terceiros, o remédio é uma ação autônoma, que deverá ser levada ao conhecimento do mesmo juiz que dirige o processo sumário urgente. Trata-se, portanto, de uma ação incidental que bem pode ser os embargos de terceiro.”

1.7 Um outro Referencial para Classificação das Medidas de Urgência

A partir do exposto, nota-se que tutela cautelar e tutela antecipatória são espécies do gênero tutela de urgência. Portanto, superada as confusões que tratam estas como sinônimas, ou ainda, institutos completamente alheios, passemos a uma análise de classificação - diferenciada – trazida pelo Professor Cândido Rangel Dinamarco, que brilhantemente as angulariza de acordo com os males que visam evitar.

Segundo ele, citando diversos exemplos da forma em que o tempo pode causar danos⁹³, permite perceber que há casos em que os danos causados pelo tempo vão diretamente ao sujeito de direitos, impedindo-o de receber o bem a que tem direito ou privando-o do bem

⁹³ A primeira hipótese é a do processo que chega ao fim e o provimento de mérito é emitido, quando o mal temido já está consumado e nada mais se pode fazer, isso se dá, por exemplo, se o juiz concede um mandado de segurança para que o impetrante possa participar de um concurso público, fazendo-o, no entanto, depois do concurso realizado. O segundo grupo de situações é representado pela tutela jurisdicional demorada que chega depois de uma espera além do razoável e muito sofrimento do titular de direitos – por exemplo, no caso do titular de direitos a alimentos, que permanecesse anos a fio esperando a tutela jurisdicional, recebendo-a somente depois de muito tempo de injustas privações. O terceiro caso é o do processo que deixa de dispor dos meios externos indispensáveis para sua correta realização ou para o exercício da jurisdição – o que sucede se vem a falecer a testemunha que poderia trazer informes úteis ao bom julgamento da causa ou se desaparece o bem que poderia ser penhorado para a futura satisfação do credor. No primeiro caso, o processo não terá produzido tutela jurisdicional alguma, porque sem a efetiva oferta do bem a que o sujeito tem direito não se pode falar em verdadeira tutela jurisdicional; no segundo, a tutela jurisdicional se realiza mas, não é tempestiva, sendo ilegítimo e injusto sujeitar o titular de direito a tanta espera. No terceiro, ter-se-á um processo incapaz de oferecer a tutela justa ao sujeito que tiver razão, porque uma instrução sem o concurso da testemunha pode conduzir a resultados injustos e a execução sem a penhora do bem nada produzirá.

por tempo superior ao razoável, ao lado de casos em que o mal é causado diretamente ao processo e só indiretamente atinge o sujeito. Indica que a invocação dos reclamos doutrinários modernos por um processo justo ou por um processo justo e equo, os quais remontam à cláusula *due of law* e os valores que essa garantia constitucional visa a preservar. Processo justo é aquele que se realiza, segundo os ditames da lei e dos princípios éticos que lhe são à base, sabido que sem a observância desses referenciais fica perigosamente comprometida a probabilidade de que o exercício da jurisdição venha a produzir resultados úteis e justos – sendo intuitivo que o processo deixa de ser justo e equo quando realizado sem a utilização dos meios exteriores dos quais para produzir resultados úteis e justos. Ora, no momento em que o processo se desfalece de meios dos quais poderia dispor para o correto exercício da jurisdição (fontes de provas, bens a pôr sob constrição), sua aptidão a produzir resultados corretos se reduz, e conseqüentemente, ele deixa de ser um processo justo e equo.

Quando um bem é penhorado, o exequente não está ainda, automática e imediatamente recebendo uma tutela jurisdicional. A penhora limita-se a pôr o bem à disposição do juízo, para futura alienação e obtenção do dinheiro, sabendo-se que a consumação da tutela só ocorrerá no momento em que este vier a ser entregue ao credor, por isso, nos casos em que o bem penhorável desaparecer ou vier a ser destruído, é o processo quem sofre diretamente um mal e não o sujeito. *Mutatis mutandis*, é também o processo quem fica lesado quando uma testemunha útil não mais pode comparecer, porque o comparecimento e os informes que ela poder trazer não é ainda uma tutela ao litigante, mas mera abertura para a possível produção de resultados justos.

A visão clara dessas situações lesivas ao processo, sem atingir diretamente os sujeitos, encaminha com segurança a correta distinção entre medidas úteis a proteger o processo contra os males do tempo e medidas destinadas a resguardar pessoas contra esses males.

Assim, com evento do que fora sustentado, são cautelares as medidas com que a ordem jurídica visa a evitar que o passar do tempo prive o processo de algum meio exterior que poderia ser útil para correto exercício da jurisdição e conseqüente produção, no futuro, de resultados úteis e justos; e são antecipações de tutela àquelas que vão diretamente à vida das pessoas, e ainda, pendente o processo, oferecem a algum dos sujeitos em litígio o próprio bem pelo qual ele pugna ou algum benefício para a obtenção do bem poderá proporcionar-lhe. As primeiras são medidas de apoio ao processo e as segunda às pessoas.

Ouvir deste logo a testemunha mediante o procedimento da produção antecipada de prova ou pôr o bem sob constrição judicial mediante o arresto cautelar não significa que a

parte interessada já fique desde logo satisfeita em sua pretensão ao bem da vida em disputa no processo, porque a) a testemunha somente esclarecerá o juiz, cuja decisão virá depois; b) o arresto não põe o bem à disposição do credor, mas do juízo, cuja decisão virá depois. Nenhuma dessas medidas é apta a produzir o menor grau de satisfação, como as antecipatórias. Elas são cautelares. Diferentemente, entregar o bem ao autor mediante um interdito possessório ou mandar que a comissão de concurso admita o candidato a realizar a prova enquanto a sentença final não vem, é oferecer provisoriamente a esses sujeitos uma situação favorável e benéfica em relação a algum bem a que talvez tenha direito. Essas medidas são antecipatórias de tutela (DINAMARCO, 2001, p 8-9).

CAPÍTULO 2 LIMINARES

2.1 Histórico da Antecipação Liminar

Notícia mais remota que se colhe da antecipação liminar, pelo menos em ligeiro arremedo, verifica-se nas Institutas de Gaio, no Processo Civil Romano das “*legis actiones*” mormente das “*legis actio per sacramentum*”, procedimento mais de cunho teológico do que científico, porque consistia, de início, num juramento religioso prestado pelas partes, que afirmavam solenemente o seu direito, uma depois da outra. Destinavam aos direitos pessoais “*sacramentum in personam*”, e aos direitos reais “*sacramentum in rem*”, sempre que a Lei não recomendava outro tipo especial de ação. A “*sacramentum in rem*” anota CRETELLA JUNIOR (1986, p. 284), desenvolve-se em duas fases, a saber: a “*in jure*” e a “*in judicio*”. São as duas instâncias que percorre o Processo Civil Romano. “*In jure*”, ou seja, perante o tribunal, as partes deduzem os seus direitos e o magistrado designa um particular para julgar o processo, fase da instância “*in judicio*”. Tal processo, perante o tribunal, “*in jure*”, compreende a) “*vindicatio*” e “*contravindicatio*”; b) intervenção do magistrado; c) “*provocatio ad sacramentu*”; d) a posse precária da coisa liminarmente, concedida “*in jure*” pelo magistrado. Daí para frente, a causa era colocada ao julgamento do juiz escolhido ou consentido pelas partes “*in judicio*”. Se “*in judicio*” fosse julgado procedente o pedido do autor, ficaria definitivamente com a coisa que conservava a título precário. Se a posse liminar foi dada ao litigante que perdeu o processo, seria ele obrigado a devolução da coisa. Parece que a “*pignoris captio*” (ação pela qual o credor, empregando formas especiais, mas sem autorização preliminar do magistrado, faz a apreensão de objeto pertencente ao devedor e o conserva, como garantia, até que a dívida seja paga) também guarda semelhança com a liminar de hoje, especialmente a do arresto, só que era efetivada sem a autorização preliminar do magistrado.

2.2 Conceito

O vocábulo liminar (do latim *liminare*, adjetivo, da soleira, posto à entrada, à frente, que antecede o assunto principal, preliminar)⁹⁴, no âmbito da ciência do direito, se constitui há muito em expressa, complexa e controvertida, e, em grande medida, em termo técnico altamente equívoco, não obstante a inexorável necessidade do rigor técnico da linguagem jurídica.

Para De Plácido e SILVA (1980, p. 946) deriva do latim *liminaris*, para significar tudo o que se faz inicialmente, em começo “quer exprimir desde logo, sem mais tardança, sem qualquer outra coisa”.

Tendo em vista os inúmeros estudos realizados em face às liminares, é entendimento majoritário que esta visa a obtenção de uma antecipação, divergindo-se, contudo, da natureza de tal antecipar.

BARROS (1973) a define como a entrega provisória e antecipada do pedido, já FONSECA (1990) diz ser a liminar uma medida antecipadora dos efeitos futuros da sentença final. Ovídio da SILVA (1985, p. 11) fala em antecipação de alguma eficácia sentencial contida nas liminares.

Seguindo a linha apontada, para FRIEDE (1999, p. 49-50), conceitua-se como o autêntico provimento jurisdicional de cunho binário administrativo-cautelar, fundado no poder discricionário⁹⁵ do juiz e admitindo sempre que se destaquem relevantes e urgentes os fundamentos do pedido, em mira do qual estará um ato ou omissão capaz de baldar o pronunciamento judicial definitivo que reconheça, afinal, o direito do impetrante no mandado de segurança, do paciente no hábeas corpus, ou do autor na ação popular, na ação civil pública e na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin) - (positiva ou negativa). Constitui-se, portanto, a medida liminar, em efetiva provisão judicial obrigatória se comprovado estiver que os efeitos imediatos do ato impugnado – ou da omissão, caracterizadora de outra lesão de direito líquido e certo ou equivalente -, ameaçam frustrar os objetivos da própria ação mandamental, popular, civil pública entre outras ações, que expressamente admitem essa forma *sui generis* de provimento cautelar.

⁹⁴ Segundo Novo Dicionário da Língua Portuguesa, de FERREIRA (1986, p. 1032).

⁹⁵ Discordamos de tal apontamento por entendermos ser ato vinculado, uma vez que, demonstrados seus elementos, DEVERÁ ser concedida, sob pena de responsabilização. Elementos estes, que serão vistos a seguir

E completa MANCUSO (1996, p. 22):

[...] as liminares em qualquer tipo de processo, provocam uma antecipação, ainda que provisória, da tutela pretendida *principalliter*. Elas são como que uma retro-projeção da imagem que, possivelmente, será apresentada na sentença final: ou, ainda, antecipam para o momento cronológico em que são deferidos os feitos que seriam próprios do provimento de fundo.

Ponto comum na doutrina diz respeito ao sentido de antecipação dos efeitos da futura sentença, porém, o que se questiona é o que efetivamente pode ser objeto desta antecipação.

2.2.1 Objeto

Betina Rizzato LARA (1994, p. 21), indica que primeiramente a liminar não caracteriza jamais uma antecipação da própria decisão de mérito contida na sentença. Ela antecipa somente os efeitos que decorrem desta decisão. Isto em razão de que sendo a liminar uma decisão provisória, proferida no limiar do processo, ela não possui carga declaratória suficiente a render ensanchas à formação de coisa julgada material.

E continua indicando que “[...] em segundo lugar, nem todos os efeitos são antecipados pela liminar. Os efeitos que integram o conteúdo da sentença, ou seja, os de natureza declaratória ou constitutiva, não são passíveis de antecipação.” Neste sentido também se pronuncia Ovídio da SILVA (1985, p. 122) ao indicar que “[...] seria impróprio ao magistrado, através de uma liminar, declarar existente, criar, modificar ou extinguir uma determinada relação jurídica.”

A liminar, seguindo LARA (1994, p. 21), só antecipa os efeitos externos ou secundários da sentença que, por esta condição, refletem-se no mundo dos fatos. Os principais, ao contrário, atuam sempre no plano jurídico.

Ratifica este entendimento Ovídio da SILVA (1985, p. 122) ao indicar que “[...] a provisão liminar limita-se, em prol da paz social, a ordenar que alguma coisa se faça, no plano dos fenômenos, não no plano lógico das normas.”

E para que na práxis isto se consubstancie, Ovídio da SILVA (1985, p. 126), indica que o essencial, em sede liminar, é pedir-se o mandado, jamais a declaração ou a constituição da relação jurídica a ser julgada no processo. Isto porque, conforme demonstrado,

só atingirá a ordem liminar efeito de fato, jamais o plano jurídico – de essencial abalizar nas eficácias declaratória e constitutiva.

Segundo ORIONE NETO (2000a, p. 13) “[...] assentado que a liminar atua somente no plano dos fenômenos e não no plano lógico das normas, impende observar que os efeitos por ela antecipados se referem a uma decisão provavelmente favorável ao seu requerente”. E citando LARA (1994, p. 22) alega que não se sabe se aquele que pleiteia a liminar irá ao final vencer a demanda mas é possível ter um conhecimento prévio dos efeitos que uma sentença em seu favor irá produzir no mundo fático. São estes efeitos que a liminar antecipa.

Assim, errôneo o entendimento generalizado de que a liminar é uma antecipatória da decisão final, visto que não se pode antecipar algo que sequer se sabe devido.

2.2.2 Semelhanças e Diferenças entre Liminar e Medida Cautelar

Do pouco exposto, sem grandes aprofundamentos, já é notável que a liminar é um instituto autônomo, com feições próprias; porém, é comum a confusão desta com a medida cautelar.

Segundo LARA (1994, p. 22) esta concepção equivocada tem origem em dois fatores: o primeiro diz respeito ao fato de que a liminar, em determinadas situações, assume uma função cautelar; e o segundo refere-se a coincidências de grande parte das características das liminares com aquelas relativas às medidas cautelares. E citando RODYEZ, afirma que quando a liminar tem uma função cautelar, é possível vislumbrar um fim semelhante: evitar uma lesão grave e de difícil reparação ao direito da parte de modo a permitir a prestação da tutela jurisdicional de forma efetiva. A diferença entretanto, reside no fato de que a liminar pode apresentar uma natureza cautelar, mas não tem esta natureza.

Procurando explicar as razões que ensejaram a confusão, ORIONE NETO (2000a, p. 14–15), justifica que a problemática assenta-se na falsa premissa de que ambas justificam-se somente perante o *periculum in mora*. É fato que o perigo é elemento essencial a qualquer medida cautelar, porém não o é em face algumas liminares, notadamente nas possessórias e nas antecipatórias de tutela em face abuso de direito de defesa.

Não sendo, portanto, medidas que se confundem, uma diferença gritante entre elas auxilia-nos no entendimento. E neste sentido ORIONE NETO (2000a, p. 15) indica que:

[...] as liminares configuram sempre uma antecipação em parte satisfativa – que pode ser total ou parcial – dos efeitos da futura sentença; as medidas cautelares [...] jamais possuem natureza satisfativa, mas apenas caráter inibitório, inovativo, conservativo ou assecuratório, ou seja, as medidas de cautela têm por escopo salvaguardar o resultado útil e profícuo do processo

Daí remarcar Pontes de MIRANDA (1976, p. 23) “[...] a pretensão à segurança, à medida cautelar, por seu próprio nome, deixa de atingir a satisfação.”

Outra diferença que pode ser suscitada é que enquanto medidas cautelares só podem ser concedidas em âmbito de ação cautelar; as liminares por sua vez permeiam em diversos tipos de ação, como por exemplo nas próprias cautelares, nas possessórias, no mandado de segurança, e na antecipatória de tutela.

2.3 Antecipatoriedade, Cautelaridade e Satisfatoriedade

Procurando debruçar acerca do assunto, ORIONE NETO (2000b, v. 1, p. 67-84), indica que antecipatoriedade, cautelaridade e satisfatoriedade tratam-se de institutos com caracteres próprios, distintos e autônomos, no sentido de que podem ser analisados separadamente; porém, em se tratando de medida liminares, tais fenômenos apresentam imbricações acentuadas.

Acerca do fenômeno da antecipatoriedade, citando RIGOLIN (1990, p. 61), relata que é uma das técnicas utilizadas pelo legislador para solucionar o problema da demora na entrega da prestação jurisdicional.

É mister encarecer, no entanto, que a técnica da antecipação não significa apenas – como indica o vocábulo – fazer uma decisão vir antes da outra. Quer dizer mais, ou seja, que haja correlação entre o conteúdo das duas pretensões jurisdicionais, já que aquela consubstanciada pela sentença não pode ser desde logo proferida. Aliás, a razão de ser da enfocada técnica reside exclusivamente no fato de a decisão antecipanda não poder ser pronunciada de imediato, visto que carece o juiz dos elementos probatórios imprescindíveis à formação de uma correta e completa convicção.

Assim, a antecipação só pode ser concedida quando a lei configura um provimento a ser proferido antes da sentença de primeiro grau, sobre o seu mesmo objeto e o seu mesmo escopo, ao menos num determinado sentido. É o que ocorre com a liminar, onde o

juiz, ao decidir sobre o seu pedido, pronuncia-se *in limine*, ao menos em parte, sobre a mesma matéria que será objeto da sentença.

A antecipação, conforme já ressaltado, é uma técnica para solucionar a influência deletéria do tempo no processo.⁹⁶

De acordo com a doutrina, a concessão de uma liminar pode, num primeiro momento, ser dividida como a) antecipação liminar cautelar; e b) antecipação liminar satisfativa.

Passemos agora, a análise da cautelaridade. A atividade jurisdicional cautelar tem por escopo assegurar o resultado útil e profícuo do processo. Portanto, a tutela cautelar, como se sabe, assume caráter inibitório, inovativo, conservativo e assecuratório. Todavia, só se pode falar em cautelaridade quando houver uma situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação que ameace a efetivação prática da tutela. Segundo LARA (1994, p. 61) “[...] não há cautela sem risco de ocorrência de dano.”

A liminar, ao antecipar total ou parcialmente os efeitos fáticos de futura sentença, pode assumir esta cautelaridade, ou seja, ter a finalidade de, pressupondo a ocorrência do *periculum in mora*, garantir a eficácia da prestação jurisdicional. Tem-se, nestas circunstâncias, a chamada liminar em ação cautelar.

Diz-se que a liminar pode fazê-lo com um fim acautelatório. Esse é um dos aspectos que a liminar pode assumir, não é o único. A cautelaridade a anticipatoriedade, portanto, podem conviver mas não devem ser confundidas. Não é porque a liminar antecipa que ela é cautelar.

A liminar, em ação cautelar, como tutela de urgência, segundo nosso entendimento, tem o fito de assegurar a eficácia e a efetividade da tutela jurisdicional cautelar final, deve se limitar à sua feição tradicional de conservar, isto é, de assegurar a efetividade por meio de medida de garantia. São exemplos disto às medidas liminares previstas no Código de Processo Civil de cabimento do arresto, seqüestro, arrolamento de bens e demais medidas nominadas e inominadas, mantendo o *status quo* da lide.

Ao indagar-se se a força de tal conservação não atingiria escopo de satisfação, a doutrina converge para indicar a impossibilidade de medidas que ao mesmo tempo acautelam e satisfazem. Assim, NERY JUNIOR (1997, p. 51), indica que:

⁹⁶ Nota-se ainda que outra técnica utilizada com semelhante escopo é a retroatividade da eficácia da tutela, nesta os efeitos da sentença, em decorrência de sua prolação, já se produziram e são aplicados como se estivessem sido produzidos no momento da propositura da ação, e portanto, em nada se confunde com a antecipação.

[...] com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas cautelares satisfativas, que constituem em si uma *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar.

Para Kazuo WATANABE (1995, p. 20):

[...] a tutela antecipatória é satisfativa parcial ou totalmente, da própria tutela postulada na ação de conhecimento. A satisfação se dá através do adiantamento dos efeitos, no todo ou parte, do provimento postulado. Já na tutela cautelar, segundo a doutrina dominante, há apenas concessão de medidas cautelares que, diante da situação objetiva de perigo, procurará preservar as provas ou assegurar a frutuosidade do provimento da ação principal. Não é dotada, assim, de caráter satisfativo.

Segundo o modelo apresentado, a liminar pode ser, além de cautelar, satisfativa. Nos defrontamos, então com o terceiro fenômeno: da satisfatividade.

A princípio, importante ponderar que tal satisfatividade se restringe à satisfatividade no plano fático, e nunca no plano jurídico.

Na lição de MOREIRA (1990, p. 409), a tutela jurisdicional é satisfativa no plano jurídico quando for capaz de preservar ou reintegrar em termos definitivos a ordem jurídica e o direito subjetivo ameaçado ou lesado.

Destarte, a satisfatividade em termos definitivos, como sói curial, só ocorre com a prolação da sentença definitiva de mérito e conseqüente produção da coisa julgada material. A liminar é sempre provisória, e jamais antecipa os efeitos que integram o conteúdo da decisão final. Não existe, segundo LARA (1994, p. 64) liminar com a carga de declaratividade que caracteriza a prestação definitiva e satisfativa.

Portanto, a satisfatividade no âmbito das liminares, será sempre fática, e de natureza provisória.

LARA (1994, p. 64), indica assim que há satisfatividade quando a liminar, ao antecipar os efeitos fáticos que possam decorrer da prolação da sentença, fizer surgir uma identidade entre a providência que se pretende ao final da ação e aquela que se obtém liminarmente. Há então, neste caso, uma antecipação satisfativa. Quando esta identidade não se fizer presente, ou seja, quando o obtido com a liminar não corresponder exatamente ao que se pretende com a decisão final, terá ocorrido antecipação satisfativa parcial do pedido de segurança.

A liminar satisfativa, ao contrário da cautelar, não é concedida em razão da possibilidade da ocorrência de um dano (*periculum in mora*). Para a sua concessão o juiz deve

verificar se as provas apresentadas na petição inicial ou na audiência de justificação, quando esta for facultada por lei, demonstram a existência dos elementos objetivos fixados pela lei, em cada caso concreto e se são suficientes para se concluir que o autor provavelmente logrará êxito na demanda.

E finalmente, a última indagação reside na questão de ser possível ou não, uma liminar ser ao mesmo tempo cautelar e satisfativa.

Pelo exposto, fica claro o entendimento que não se admite que uma liminar possua ao mesmo tempo natureza cautelar e satisfativa. Efetivamente, a expressão cautelar satisfativa, conceitualmente, encerra contradição em seus próprios termos e entra em conflito aberto com a melhor técnica processual, exatamente porque as cautelares, por definição, não satisfazem.

2.4 Natureza Jurídica

Os primeiros estudos acerca da natureza jurídica da liminar, convergiram para que esta fosse considerada de cunho essencialmente cautelar, discricionária e de decisão de caráter interlocutório.

Assim, sintetizando o pensamento predomina acerca de ser essencialmente cautelar, transcreve-se a seguir a fundamentação dada por BARBI (1976, p. 21):

[...] ordenando a suspensão, terá o Juiz antecipado, em caráter provisório, a providência que caberia à sentença final, e isso para evitar o dano, que decorreria da natural demora na instrução do processo. Ora, toda medida provisória, que tenha por fim evitar danos possíveis com a demora natural do processo, tem a substância de medida preventiva [...] afigura-se nos incontestável, portanto, que a suspensão liminar no processo de mandado de segurança, seja uma providência ou medida cautelar.

Outro expoente, neste sentido, foi trazido nas lições de Francisco Barros DIAS (1992, p. 58):

[...] não há dúvida da natureza acautelatória que se encontra revestida a liminar, seja no processo cautelar, seja no de conhecimento quando autorizado por lei e satisfazer esses requisitos, seja afinal, no mandado de segurança, pois estão presentes como forma consolidadora desse posicionamento as características de instrumentalidade, provisoriedade, revogabilidade e autonomia.

Entendia-se assim, que o sentido único e específico da medida, por efeito, se traduzia no simples objetivo de prover o efetivo acautelamento ao processo em que se discute a lide (ou a sua execução), sem tecer, em quaisquer hipóteses, considerações sobre o tema e ao conseqüente direito material controvertido que a envolve. É pois, a liminar, de natureza acautelatória.

Acerca da natureza discricionária, FRIEDI (1993, p. 56), indica que é considerada praticamente opinião unânime na doutrina que a medida liminar é uma facultas do magistrado, fundada nos critérios de oportunidade e conveniência do Estado-Juiz em garantir a própria efetividade da decisão final. Citando inclusive jurisprudência em que era indicado que a denegação de liminar pelo juiz se prende ao seu prudente arbítrio e livre convencimento, não constituindo esse ato judicial lesão ao direito líquido e certo.⁹⁷

Parece-nos correto, apenas seu último apontamento com relação a natureza jurídica, ao considerar a medida liminar de natureza decisória interlocutória. As demais ponderações, parece-nos completamente infundadas.

Analisadas sob um aspecto axiológico, seriam sim as liminares responsáveis por certa proteção, enquanto finalidade última, visto que protegem a jurisdição dos percalços do tempo, da má-fé, da arbitrariedade e dos abusos, em sentido amplo. Porém, nem todas revestem-se da natureza acautelatória (*strito sensu*); haja vista, que em alguns casos, nota-se a própria antecipação do bem da vida – sendo, conforme já exposto cautelaridade e antecipação funções de impossível coexistência.

Protegem, não como as cautelares, que a fazem no sentido de acautelar, trazendo o bem da vida ao processo, tutelando-o. As liminares, por sua vez, são responsáveis por situações diversas, com finalidades diversas, dependendo da natureza da ação a que se relacionam.

Assim, por exemplo, a natureza jurídica das medidas liminares em processo cautelar é conservativa, ou seja, visam à manutenção da situação de fato tão incólume quanto possível, a fim de ser mantido o equilíbrio entre as partes, sem o que se tornariam, em muitos casos, inúteis os efeitos das sentenças de proteção pretendida. Veja, pois, que a liminar emanada do processo cautelar, não possui natureza intrinsecamente acautelatória, tratando-se tão somente de um decreto positivo responsável pela manutenção do fato no estado em que se encontra; nada lhe acrescentando ou retirando; atacando tão somente o *periculum in mora*, a

⁹⁷ DJU 12.2.87, p. 1384, 2 col.,em.

medida em que retira-lhe a iminência do dano a partir da conservação. Nada alterando em relação ao objeto alvo da medida *in limini*.

Já em relação à natureza jurídica das liminares em tutelas antecipatórias, distinguimos em três aspectos:

a) em relação às vinculadas ao *periculum in mora* (destaque para as situações previstas no artigo 273, I e 461, §3º) possuem a característica de antecipação protetiva, e portanto, tem natureza jurídica de cautelaridade.⁹⁸

b) nas situações não vinculadas ao *periculum in mora* (sabidamente, o artigo 273, II, - tutela da evidência - e na situação de antecipação da ação de consignação em pagamento), sendo no primeiro caso, denominada de antecipação de natureza jurídica sancionatória; e o segundo, corolário do próprio objeto da ação de consignação (antecipação do resgate do montante já depositado, visando sanar parte dos prejuízos sofridos) e, portanto, antecipatória satisfativa parcial, haja vista que o direito ao pagamento continua *sub judici*, não importante o resgate do valor já depositado, em plena satisfação do objeto em litígio;

c) nas situações em que, para além da antecipação dos aspectos fáticos da decisão, há necessidade do juiz verificar se as provas apresentadas na inicial ou na audiência de justificação, demonstram a existência dos elementos objetivos, e se estes são suficientes para se concluir que o autor provavelmente logrará êxito na demanda; portanto, adianta-se o próprio exame de determinadas questões do direito alegado, em si, que será objeto do pronunciamento final (no caso, artigo 273, §6º - fatos incontroversos -, nas liminares em ações possessórias⁹⁹, e nas demais liminares de legislação extravagante, como ação civil pública, ação popular¹⁰⁰, Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Mandado de

⁹⁸ Importante aqui ponderação para que não haja confusão entre a liminar encetada, de cunho acautelatório-conservativo com a própria medida de antecipação de tutela, esta sim, como o próprio nome indica, antecipatória por natureza.

⁹⁹ Embora anteriores à reforma, estão disciplinadas as liminares inerentes às ações possessórias. Elas são as expressões atuais dos antigos interditos do direito romano, que não foram concebidos para salvar o direito ou preservar o bem, como as medidas urgentes em geral, mas nem por isso deixam de ser medidas urgentes. Essas liminares são as manifestações de um juízo do direito mais forte, feito pelo legislador ao instituir o que se chama de proteção possessória: a importância social e econômica da posse e o interesse público pela estabilidade em seu exercício repercutem na ordem processual com esse empenho em assegurar a quem a exerce, ou a quem a exerceu e perdeu, a continuidade ou a restauração desse exercício – e daí os tradicionais instrumentos consistentes nos interditos *retinendae possessionis* ou *recuperandae possessionis*, do direito romano clássico. Caracterizam-se, pois, como autênticas antecipações de tutela, pelo simples e óbvio motivo de que consistem em antecipar ao titular do *jus possessionis* a mesma e precisa proteção que ele espera obter ao fim do processo em caráter definitivo, ou seja, o poder de atuar sobre o bem, como se fosse proprietário.

¹⁰⁰ Diz ORIONE NETO (2000c, p 321): “[...] já a liminar prevista no artigo 12, caput, da Lei 7347/85 e no artigo 84, p. 3 do Código de Defesa do Consumidor, apresenta cunho satisfativo, tanto que requerida no próprio bojo da ação civil pública, sem necessidade de ação cautelar antecedente ou incidente. Portanto, a liminar concedida de forma direta adianta provisoriamente os efeitos da tutela jurisdicional definitiva, havendo então uma coincidência entre o que é deferido com a medida provisória e o que se pretende obter ao final, sendo manifesta sua natureza antecipatória-satisfativa.”

Segurança¹⁰¹). Aqui, faz-se valer as lições de DINAMARCO (2001, p. 26) “[...] todas essas previsões legais constituem oferta de medidas antecipatórias de tutela, não de proteção cautelar.”

A natureza jurídica antecipatória no caso das liminares em possessórias¹⁰², fundada no juízo do direito mais forte, aconselha o juiz a ponderar adequadamente às repercussões da medida que concederá, redobrando cuidados antes de determinar providências capazes de atingir valores de tão elevada expressão econômica, política ou humana, que somente em casos extremos devem ser sacrificados; assim é nos casos em que se trate de interferir na economia interna de uma empresa, ou impedir uma privatização, ou de autorizar ou impedir a realização de uma cirurgia... Estas situações devem ser consideradas em face ao juízo do mal maior, ou seja, ponderada a partir do *periculum in mora inverso* sofrido pela parte.

Bem como, aquele que obtém uma liminar em mandado de segurança passa a fruir desde logo, em caráter de provisoriedade, aquele mesmo bem ou situação que ele pretende obter ao fim, em caráter de definitividade; o impedimento à comercialização de um produto, ditado liminarmente em processo referente a relações de consumo, é o mesmo impedimento que poderá vir depois em sentença, em termos definitivos, se a demanda for julgada procedente; mesmo a medida urgente possível no processo das ações declaratórias de inconstitucionalidade, que a lei chama de cautelar, outra coisa não é que a antecipação provisória da retirada de eficácia de uma lei ou ato normativo. Nenhuma das medidas aqui consideradas é instrumental ao processo, nem se destina a aportar meios para o melhor e mais eficiente exercício da jurisdição; o que é próprio das cautelares. Ao analisar, em sede liminar, questões de direito (ex. direito líquido e certo, requisito da liminar em mandado de segurança), para além da antecipação fática, adianta-se a própria satisfação do litígio, por garantir na integralidade, a antecipação do bem da vida.

¹⁰¹ Para ORIONE NETO (2000c, p. 15), discutindo a natureza jurídica da liminar em mandado de segurança esclarece que “[...] na antecipação obtida através da liminar em mandado de segurança há uma coincidência entre o que se antecipa *initio litis* e o que se pretende obter ao final, com a sentença concessiva na segurança. Trata-se conseguinte, de uma liminar satisfativa, na medida em que ela possibilita ao impetrante do *mandamus* que sua pretensão, seja na prática, satisfeita *ab initio*[...].”

¹⁰² Segundo FIGUEIRA JUNIOR (1999, p. 190) “[...] são inconfundíveis as liminares possessórias e as cautelares: aquelas representam a entrega provisória e antecipada no pedido, enquanto estas não realizam tal função. Contrariamente ao que muitos afirma, mas liminares possessórias não são cautelares, sobretudo por duas razões fundamentais: a) a concessão dessas liminares não exige a existência do que a doutrina considera essencial para a tutela cautelar, indicando como *periculum in mora* e que nós preferimos chamar de dano irreparável; b) as liminares possessórias têm caráter antecipatório das respectivas sentenças de procedência, o que, por si só, já seria suficiente para excluí-las da categoria das cautelares.”

2.5 Limites da Discricionarietà do Magistrado na Decisão

A discricionarietà, apesar de ser um fenômeno típico da atividade administrativa, também ocorre na atividade jurisdicional, quando a lei oferecer parâmetros à atuação da atividade judicial prevendo soluções diversas ou permitindo que o julgador as crie, investe-se o juiz de um poder discricionário.

No estudo, tanto da discricionarietà administrativa, como da judicial, uma questão a ser enfrentada é qual a relação entre discricionarietà e interpretação de conceito vago ou indeterminado?

De acordo com Barbosa MOREIRA (1980, p. 40) os conceitos vagos ou indeterminados integram a descrição do fato, e a discricionarietà situa-se no campo dos efeitos. Assim, naqueles, a liberdade do julgador se exaure na fixação da premissa. Estabelecida a coincidência ou não entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará predeterminada. O inverso ocorre quando a própria consequência é que fica entregue a decisão do julgador.

Para Afonso QUEIROZ, (1960, p. 6) nos conceitos vagos ou indeterminados há uma tarefa interpretativa, mas que não se confunde com o poder discricionário. É um poder vinculado, onde só uma solução se pode considerar exata e legal. Para o autor, o legislador concedeu intencionalmente à administração o poder de escolha sendo que todas as decisões se legitimam, como igualmente legais e igualmente corretas.

Portanto, na análise dos conceitos vagos ou indeterminados, que se diferenciam da discricionarietà propriamente dita, o juiz deverá utilizar-se de vários elementos que lhe permitirão chegar à melhor interpretação da norma, de acordo com a realidade social que o envolve. Emitirá o juiz um juízo de valor com base na vinculação normativo-subsuntiva, além dos critérios subjetivos que influirão no resultado final da única e melhor interpretação.

No caso específico das liminares, constatamos que o legislador valeu, na maioria das normas que prevêm a possibilidade de sua concessão, dos conceitos indeterminados e não da discricionarietà. A lei menciona “fundado receio”, e “lesão grave e de difícil reparação” (artigo 798, do CPC).

Quando, portanto, o juiz deparar com conceitos indeterminados e verificar, após a realização da tarefa interpretativa, que a situação concreta se enquadra no modelo previsto na norma, ele deverá obrigatoriamente conceder a liminar.

O juiz não tem, destarte, a discricionariedade de escolher entre conceder ou não a liminar se verificar que os pressupostos para a sua concessão estão presentes. Ele terá sempre o dever de conceder a liminar se concluir pela existência dos requisitos, e a obrigação de indeferi-la se estes requisitos estiverem ausentes.

Neste sentido foi a decisão do Tribunal Regional e Federal do Rio Grande Sul que por sua precisão, merece ser aqui reproduzida:

[...] não é absoluto o poder discricionário do juiz em matéria cautelar. É seu dever conceder a liminar quando, demonstrada pelo autor a plausibilidade do direito, haja evidência de que o decurso do tempo tornará fato consumado a vitória da outra parte, a quem o direito aparentemente não assiste. O indeferimento da liminar, nestas hipóteses, implica em ofensa ao direito constitucional à utilidade do processo. (Publicada no TRF 6/410).

Ferruccio TOMMASEO (1983, p. 15), alerta para o problema, em que muitas vezes a parte não identifica a medida específica, apresentando ao invés, uma série de medidas possíveis para o juiz escolher uma delas ou simplesmente confiando ao juiz à escolha da medida mais oportuna sem apresentar nenhuma específica.

Segundo o autor, entretanto, a parte não pode fazer um pedido genérico, mas ao contrário “[...] *il ricorrente deve precisare nella domanda introdutiva Del procedimento cautelare quale sai el tipo di provvedimento richiesto.*”

Se a parte, porém, ao ingressar com uma ação cautelar referir expressamente a medida cautelar que pretende obter, entendemos, como Donaldo ARMELIN (1992, p. 77), que o juiz não está rigorosamente adstrito ao pedido da parte, pois, não se trata de tutelar o direito material, mas sim de garantir a eficácia da prestação jurisdicional. Tal entendimento, contudo, é restringido pelo artigo 805 CPC, que ao mencionar a expressão “medida decretada” pressupõe dever o juiz ficar adstrito ao pedido da parte, uma vez que, ele só poderá modificar a medida depois que já a tiver concedido.

Assim, também, Calmon de Passos, 1996 p 108, diz que o juiz não pode fugir do pedido da parte, no processo cautelar, como no de conhecimento e no de execução. O pedido cautelar, segundo ele, não é fungível pois, se o fosse, o magistrado estaria agindo “ultra petita”, negando assim o princípio dispositivo.

Contudo, a doutrina diverge, entendendo que esta interpretação é demasiadamente estreita. Para esta, não há finalidade da lei em facultar ao juiz determinar as medidas que julgar adequadas, se está adstrito ao pedido do autor. Assim, não estará violando o princípio

da proibição de decisões “extra petita”, se alterar antes de conceder, a medida, desde que opte pela mais consentânea aos fins colimados pela parte requerente.

Assim, entendemos que existe discricionariedade por parte do juiz na possibilidade de determinar as medidas que julgar adequadas, em face ao poder previsto no artigo 797 do CPC. Não há discricionariedade quando se trata da análise dos seus requisitos, isto é, do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Acerca do tema, podemos sintetizar nos valendo dos ensinamentos de ORIONE NETO (2000a, p. 48), que leciona:

[...] o juiz não tem a discricionariedade de escolher entre conceder ou não a liminar se verificar que os pressupostos para a sua concessão estão presentes. Não há nesses casos, aquele tipo de discricionariedade em que é facultado ao aplicador da norma agir ou omitir, tomar ou não tomar uma medida. Em suma, se os pressupostos legais estiverem presentes, o juiz tem a obrigação de conceder a liminar, bem como o dever de indeferi-la se os pressupostos estiverem ausentes.

2.6 Natureza do Ato Judicial acerca da Liminar

Em primeiro lugar, em razão de não poder o juiz prescindir de uma cognição sumária e ao mesmo tempo plena acerca do objeto em litígio, este decide sobre o pedido de liminar.

Por conter uma decisão, se exclui “*ab initio*” a classificação do ato judicial acerca da liminar como despacho, visto que este se caracteriza por ausência de conteúdo relevante decisório.

Também não seria sentença, considerando-se a provisoriedade que caracteriza toda liminar. Deduz-se, então, que a decisão acerca da liminar jamais porá fim ao processo, devendo ser classificada, como entende a corrente majoritária, na doutrina, como interlocutória.

Pontes de Miranda, fala em adiantamento da prestação jurisdicional pedida, e, neste caso, teríamos a liminar igual à cautelar, o que não é verdade. Num processo cautelar, com pedido liminar, podemos distinguir dois pedidos: um pedido de tutela liminar com pressupostos e características próprias a ser apreciado incidentalmente; distinto, um pedido

cautelar a ser apreciado a final. Enquanto a liminar é deferida tendo em vista a garantia da eficácia da sentença do próprio processo cautelar, a sentença do processo cautelar visa a segurança da tutela jurisdicional.

2.7 Recursos Cabíveis

Em conformidade com o artigo 522, caput, do Código de Processo Civil, o recurso cabível contra decisão acerca da liminar – que é tipicamente interlocutória – é o agravo de instrumento. Neste sentido é tranqüilo o entendimento da doutrina e jurisprudência pátrias.

E o é na modalidade de instrumento, visto que se eventualmente for interposto o recurso de agravo retido, este não deverá ser conhecido por falta de interesse em recorrer, por ocasião do reexame em grau de recurso de apelação, não preencher o recorrente binômio necessidade - utilidade.

Porém, a discussão doutrinária ecoa num primeiro momento acerca da admissibilidade de, ao lado do agravo de instrumento caber o sucedâneo recursal denominado pedido de reconsideração. Trata-se de um expediente utilizado pelas partes, para atender-lhe a comodidade, pois a interposição dessa medida dispensa prazo, preparo, dedução de razões do inconformismo e formação de instrumento – o que significa economia de tempo e dinheiro.

É certo, contudo, que ele não interrompe nem suspende prazo para recorrer. Desta feita, o instituto da reconsideração poderia ser usado, para efeito mais efetivo, como alternativa ao agravo de instrumento; e nunca por si só. Visto que, imagine situação em que a parte deixa de interpor o agravo no prazo legal, aguardando-se decisão acerca de reconsideração, que posteriormente é negada. Porém, ao interpor o recurso de agravo este é endereçado ao Tribunal, sendo que este analisará as razões do agravo de instrumento; não sendo apto a analisar a reconsideração – dirigida ao juiz da causa. Por conseguinte, até mesmo para ser utilizado como expediente alternativo, o pedido de reconsideração não serve mais.

Segundo LARA (1994, p. 42) “[...] o pedido de reconsideração, formulado em petição própria, só pode ser utilizado para provocar o reexame de questão já decidida quando o juiz puder fazer este reexame de ofício, ou seja, quando puder renovar ou modificar a decisão a qualquer tempo, sem requerimento da parte.”

Atualmente, assim, diante de conferir o efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento, para os casos dos quais “possa resultar lesão grave de difícil reparação, sendo

relevante a fundamentação” (artigo 558, caput cc art 527, II CPC), e envolvendo a liminar situações de urgência, parece-nos que, com as reformas introduzidas no instituto do agravo de instrumento, ele é remédio eficaz e adequado para combater a interlocutória provocadora de dano irreparável.

Segundo ORIONE NETO (2000a, p. 47), ao contrário do que sucedia na sistemática processual antes da inovação introduzida pela Lei 9139/95, hoje o agravo de instrumento tem a propriedade de suspender toda decisão que possa, ante a relevância dos fundamentos, causar lesão grave e de difícil reparação à parte (CPC artigos 527, II cc 558). Desse modo, não se pode mais admitir mandado de segurança para suspender ato ilegal ou abusivo quando o recurso de agravo de instrumento é adequado e apto a alcançar o mesmo efeito prático.

Assim, se o impetrante conta com o recurso de agravo de instrumento, que se mostra apto e eficaz à obtenção da suspensão do ato impugnado, não se pode tolerar a utilização do mandado de segurança para obtenção do mesmo resultado.

Todavia, a lei ordinária – malgrado as inovações trazidas pela lei 9139/95 – não oferece solução para as decisões interlocutórias de cunho negativo, ou seja, as que não concedem liminar. Assim, é curial que as decisões de cunho negativo, em regra, não desafiam recurso de efeito suspensivo, porque nada há que deva ser suspenso.

Neste sentido o Professor TALAMINI (2001, p. 132), indica que:

[...] há casos em que a decisão impugnada deixou de conceder uma providência (ativa) pleiteada pelo recorrente. Em certas situações, há urgência na obtenção de tal providência. O simples futuro provimento do recurso contra sua denegação poderia vir a ser inútil – vez que já concretizado o dano que se pretendia evitar. É precisamente o que se dá em relação às decisões que indeferem liminares em cautelares, em mandados de segurança, em possessórias. Também se enquadra nessa hipótese a decisão que, no processo de conhecimento, nega a antecipação de tutela fundada em risco de dano irreparável (CDC, artigo 84, § 3º; CPC artigos 273, I e 461, § 3º). Enfim, é o que ocorre em todos os casos em que se nega uma tutela de urgência.

Nestes casos, evidentemente, tem de ser admitido o mandado de segurança, desde que seu objetivo seja o de corrigir a ilegalidade cometida pelo juízo “a quo”, vez que, estando presentes os pressupostos de concessão da medida, não a concedeu.

Isto, em verdade, vem em consonância com o entendimento de que a liminar não é mero ato discricionário, ou de arbítrio do juiz, que a concederá quando bem entender. Em princípio, todo ato jurisdicional é servil a lei, e então, não fica ao arbítrio do julgador, concede

ou negar a liminar em agravo de instrumento ou mandado de segurança, de tal forma que se o juiz negar a liminar quando estejam preenchidos os requisitos legais, estará violando o padrão de legalidade, como também estará violando, quando vir a conceder liminar em hipótese que não preenchia os requisitos legais.

Conclui-se portanto, que a possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento, mormente nas situações em que haja relevância e urgência, não elimina a utilização do *mandamus* contra ato jurisdicional arbitrário e ilegal.

2.8 Características das Liminares

2.8.1 Urgência

ORIONE NETO (2000a, p. 16-17) indica que apenas quando há urgência é que o sistema permite que o juiz não aguarde o momento natural para a concessão da providência que normalmente só se concretizaria com a sentença. O processo, como instrumento de realização do direito objetivo, demanda certo tempo, sendo inevitável à mora processual.

Assim, para que o processo – cuja função é de concretizar a justiça – não puna quem tem razão, em face seu lapso temporal, o legislador, viu como uma das maneiras para solucionar este problema, a antecipação, através da concessão liminar, dos efeitos fáticos da futura sentença.

E nas palavras de LARA (1994, p. 24) “[...] o ideal seria que a tutela jurisdicional definitiva fosse prestada de forma imediata, no limiar do processo. Diante da impossibilidade de adiantar-se a decisão definitiva, se antecipa provisoriamente seus efeitos práticos.”

Assim, a urgência, elemento essencial da liminar, reside no princípio da necessidade de prestação efetiva da jurisdição, não podendo aguardar-se o momento oportuno. Desta feita, diferentemente da medida cautelar, não guarda vínculo com qualquer perigo de dano eminente. Esta vinculação será requisito somente das liminares que tiverem caráter cautelar.

2.8.2 *Sumario Cognitionis*

Segundo CHIOVENDA (1943, p. 253-254), “[...] a *cognitionis* é o conjunto das atividades intelectuais do juiz, como instrumento de atuação da lei mediante verificação.”

Conforme classificação já esboçada, trazidas por Kazuo WATANABE (1987, p. 41 e ss), as liminares têm como característica, uma cognição plena quanto à extensão e sumária quanto à profundidade do conhecimento do juiz.

A título de sintetização MARINONI (2004, p. 23) ensina que a cognição sumária é própria das situações de aparência, ou melhor, dos juízos de probabilidade. Trata-se de cognição pertinente aos procedimentos que não permitem, em razão de determinada situação, a cognição aprofundada do objeto litigioso.

Na cognição sumária o juiz decide sempre em termos do que é plausível, razão pela qual jamais o direito é tutelado de forma definitiva.

Em razão da própria urgência que acoberta as liminares, não havia de se exigir uma cognição profunda, típica da exauriente. Assim, deverá o juiz, em sua avaliação, valer-se da verossimilhança na alegação indicada.

Porém, a doutrina vem construindo uma diferenciação entre o grau de probabilidade exigida, de acordo com a situação em que a liminar é concedida. Desta feita, em se tratando de liminares *inaudita altera pars*, muito embora exija-se maior razoabilidade por parte do julgador, tal raciocínio será fundado em um grau mais limitado de verossimilhança da alegação, isto porque, terá a seu dispor, tão somente documentos e argumentos indicados na peça vestibular. Diferente grau de juízo, contudo, é possibilitado no caso de audiência de justificação, onde terá maiores informes, e, portanto, a probabilidade apresenta-se maior – e melhor fundada - que no primeiro.

A doutrina converge que, a única hipótese em que a cognição liminar iguale-se a de um processo sumário é no caso do mandado de segurança, haja vista que na fundamentação do autor, mesmo em sede liminar, deverá estar demonstrado seu “direito líquido e certo”. Neste caso, a cognição do juiz recai sobre as mesmas provas que serão analisadas para verificar-se do cabimento da segurança ao final da ação.

Ovídio Baptista da SILVA (1980, p. 73), não deixou de comentar tal diferenciação em graus de probabilidade, indicando que, quando o provimento for concedido *inaudita altera pars*, o juízo confirmatório irá significar, também, um juízo sumário, preso

aos mesmos pressupostos de plausibilidade, mas irá significar um avanço em intensidade e em profundidade em relação ao juízo formado pelo julgador, na fase unilateral da concessão.

2.8.3 Provisoriedade

Segundo LARA (1994, p. 29) a provisoriedade é uma característica decorrente da cognição sumária ou superficial que fundamenta a decisão liminar. Exatamente por não ter sido a fundo analisada, não gerar decisão meritória, é que não tem *status* definitivo.

É provisória – e não temporária, como a cautelar – porque dura determinado tempo, sendo substituída posteriormente pela sentença; ou seja, temos uma troca da medida liminar, pela decisão final calcada em sentença.

Importante ressalva traz o Professor ORIONE NETO (2000a, p. 26) ao indicar que, ainda que antecipe todos os efeitos fáticos da sentença, mantém-se a liminar como provisória. Digna de registro, neste sentido é a redação do artigo 273, em seu § 4º, que prega “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. Isso põe em evidência a provisoriedade da medida liminar em antecipação de tutela, até mesmo nos casos em que tiver sido totalmente antecipado os efeitos do pedido inicial.

2.8.4 Revogabilidade

Inerentes a própria provisoriedade da medida liminar, temos a sua revogabilidade; significa cessação da eficácia através de medida judicial.

Acerca de tal ponderação, a principal discussão reside no fato de saber se o momento da concessão e revogação da liminar é determinado, ou pode ser feito a qualquer momento pelo juiz. Qual seja, discute-se se há preclusão¹⁰³ para o juiz quando concede ou

¹⁰³ Segundo BARBOSA (1990, p. 52) preclusão é o instituto que impõe a irreversibilidade e a auto-responsabilidade no processo e que consiste na impossibilidade de atos processuais fora do momento e da forma adequados, contrariamente à lógica ou quando já tenham sido praticados válido ou invalidamente.

denega uma liminar. Em outras palavras, pode o juiz voltar atrás depois de deferir ou indeferir uma liminar?

Neste caso, a melhor solução reside na natureza jurídica da medida liminar. Assim, quando se tratar de medidas liminares a título cautelar ou antecipatório de tutela, a revogação poderá ser feita independentemente de recurso, conforme preconiza os artigos 807 e 273, §4º respectivamente. Isto porque, segundo PASSOS (1996, p. 220) o que legitima a revogação é o desaparecimento da situação de perigo, não havendo mais motivo, assim, para a sua manutenção.

O que não ocorre em liminares encetadas em outras ações, como por exemplo, nas possessórias, que demandam a interposição de recurso de agravo de instrumento para que sejam, a qualquer tempo, modificadas ou revogadas.

E finaliza LARA (1994, p. 33), indicando que “[...] desta maneira, demonstrando a parte a presença dos requisitos legais, não caberá ao juiz fazer qualquer interpretação, mas sim, deverá deferir a liminar. Na ausência deles caberá o indeferimento.”

2.9 Requisitos Específicos para Concessão de Liminares

No caso específico da apreciação das medidas liminares, como leciona a doutrina mais moderna sobre o assunto, a decisão final pela concessão implica necessariamente, na plena e total observância, por parte do magistrado, de específicos limites existentes para a prolação final do *decisum* pelo julgador, que não se restringe de nenhuma forma, à verificação da efetiva presença dos requisitos tradicionais do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*¹⁰⁴.

Muito pelo contrário, a existência da relevância dos motivos alegados pelo impetrante (no caso do mandado de segurança), do requerente (no caso da cautelar), ou autor em sentido amplo (nas ações de conhecimento que se valem da antecipatória de tutela), deve ser sempre constatada em perfeita consonância com a efetiva presença do condicionante inafastável da não produção do denominado *periculum in mora inverso*, qual seja, a concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, contra o impetrado, requerido ou réu, como consequência direta da própria concessão da medida liminar deferida ao impetrante ou requerente.

¹⁰⁴ Haja vista, que conforme apontamento já realizado, há situações liminares (como por exemplo a passível de ser concedida lastreada pelo artigo 273, II do CPC), que não se vinculam a estes elementos.

Tal consideração é feita ainda por DINAMARCO (2001, p. 11), referindo-se a tal requisito como “o juízo do mal maior”, que representa os males que poderão ser causados à outra parte se ela vier a ser concedida.

Ainda cita outro requisito de indispensável análise, ao qual denomina de Juízo do Direito mais forte, corolário do juízo do mal maior, no qual indica pela necessidade de extrema prudência por parte dos julgadores, em decisões de repercussões capazes de atingir valores de tão elevada repercussão econômica, política ou humana, que somente em casos extremos devem ser sacrificados, como por exemplo decisões que interfiram na economia interna de uma empresa, ou que impeça uma privatização, ou ainda realização ou impedimento de uma cirurgia.

Para além deste requisito, há ainda, nos casos de liminares concedidas inaudita altera parte, a necessidade de demonstração ou a) da vinculação do requerido implicar em provável possibilidade de que tome providências para inutilizar a eficácia processual; ou b) que o risco da tempestividade para o objeto a ser tutelado, ligado ao próprio processo – casos de uma urgência crônica.

2.10 Restrições Legais (Impeditivas à Concessão)

Não obstante algumas normas infraconstitucionais anteriores ao advento do atual ordenamento constitucional insistam em impor limites *ratione materiae* para a concessão de medidas liminares por parte dos magistrados, em particular, ou por parte do Poder Judiciário, de maneira geral, a doutrina e a jurisprudência, têm inclinado de forma aparentemente majoritária, no sentido de que tais restrições afrontam diretamente princípios constitucionais expressos e implícitos, ferindo, por consequência o poder geral de cautela (poder do magistrado de outorgar medidas cautelares atípicas – não previstas expressamente em lei); o poder cautelar genérico (poder do magistrado de outorgar *ex officio* as medidas cautelares necessárias à garantia da possibilidade de satisfação futura da pretensão das partes, como virtual exceção à regra do artigo 2º do CPC, que apenas disciplina a jurisdição própria e não a imprópria) e o poder cautelar de forma ampla, previsto, como princípio constitucional implícito na Carta Magna; insistindo, por efeito, que a ineficácia destas normas jurídicas é absolutamente manifesta e, portanto, deve obrigatoriamente ser reconhecida pelo julgador,

sob pena de omissão do dever de usar o poder que lhe foi legitimamente outorgado, pelo povo, através da promulgação da própria Constituição Federal.

São exemplos destas normas: o artigo 1º da Lei n. 2770/56, que proíbe a concessão de medida liminar nas ações e procedimentos judiciais que visem à liberação de mercadorias, bens ou coisas de procedência estrangeiras; o artigo 5º da Lei n. 4348/64, que veda a liminar em mandados de segurança que visem à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens, e, nestes feitos, só permite a execução de sentença depois de transitada em julgado; a Lei 4862/65 que, embora seu artigo 51 tenha revogado o artigo 39 da lei 4357/64 que proibia liminar em matéria fiscal, limitou o prazo de eficácia da medida em sessenta dias; o artigo 1º §4º da Lei 5021/86, que proibiu a concessão de liminares para o pagamento de vencimentos ou vantagens pecuniárias a servidores da União, dos Estados ou dos Municípios e de suas autarquias.

Podemos citar ainda, exemplos de Leis que vedam ou limitam a concessão de medidas liminares, posteriores a promulgação da Constituição Federal, como a Lei 7969/89, em que no seu artigo 1º estabeleceu os efeitos da já citada Lei 4348/64, às medidas cautelares; a Lei 8076/90, onde em seu artigo 1º restou consignado que nos mandados de segurança e nos procedimentos cautelares de que tratam os artigos 796 e seguintes do CPC, que versem sobre a matéria regulada por determinadas leis, fica suspensa até 15.09.92 a concessão de medidas liminares, e mais, recentemente, a Lei 8437/92 que estabelece diversas vedações às medidas liminares, especialmente em processos cautelares, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em decorrência de vedação legal.

Independente da posição que se possa firmar a respeito, contudo, é de se ressaltar que já se aduziu a incontestável supremacia constitucional sobre todo o ordenamento jurídico e as leis que convergem com a Constituição. Não se podendo, deste modo, aplicar qualquer destes dispositivos citados.

Tal afirmação se assenta, primeiramente que, não pode o legislador infraconstitucional trazer vedações às liminares, visto que isto seria uma substituição incorreta do juiz pelo legislador na tarefa de avaliar os interesses e de verificar sobre o cabimento de uma medida liminar. Esta substituição configura, uma grave violação do princípio do juiz natural. E por outro enfoque, podemos dizer que nenhum ato legislativo pode vedar o Poder Judiciário a aferição dos pressupostos autorizadores da concessão de liminares em ações de qualquer natureza (mandados de segurança, cautelares, antecipatórias, possessórias)...

Na atualidade, não reside qualquer idéia de constitucionalidade das normas impeditivas de liminares, quer sejam anteriores ou posteriores à Constituição, e isto se deve a

clareza do inciso XXXV, artigo 5º da CF, que trouxe o direito à adequada tutela jurisdicional, enquanto princípio imanente a qualquer Estado de Direito.

2.11 Liminares *Inaudita Altera Pars* – Afronta ao Princípio do Contraditório?

O princípio do contraditório encarta-se dentro dos princípios gerais do direito processual. Juntamente com o princípio da ampla defesa, está previsto na Constituição Federal, que o assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e os acusados em geral.

Uma das indagações que surgem em referência às liminares diz respeito a sua concessão *inaudita altera pars*: não há nestes casos, ofensa ao princípio do contraditório na medida e que não é dada ao réu oportunidade de se manifestar?

A resposta é obviamente negativa. No caso das liminares, não ocorre uma supressão do contraditório, pois ele simplesmente é postergado, ou seja, a parte intervém posteriormente no processo com a apresentação de sua defesa, podendo, inclusive, recorrer da medida liminar concedida.

Neste sentido NERY JUNIOR (1997, p. 134), observa que a liminar *inaudita altera pars* não significa violação do princípio constitucional, porquanto, a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra a medida cautelar concedida sem sua participação.

Também não se cogita, no caso da tutela antecipatória, de ferir-se a garantia do devido processo legal e seus consectários do direito ao contraditório e ampla defesa, pois aquele novo instituto submete a parte interessada às exigências da prova inequívoca do alegado na inicial.

Justamente para assegurar o contraditório, ainda que a posterior, é que a lei não admite que o juiz conceda antecipação de tutela quando do perigo de irreversibilidade.

Por fim, a liminar antecipatória jamais poderá assumir efeito exauriente da tutela jurisdicional. Mesmo deferida “*in limine*”, o processo forçosamente terá de prosseguir até o julgamento final do mérito (§ 5º). Por isso é que a liminar prevista no novo artigo 273 pode conviver com o princípio do contraditório.

Conclui-se, então, conforme ressalva DINAMARCO (1996), que seria um contra senso cultivar tanto o contraditório, como valor absoluto, mesmo ao preço consistente em imolar direitos.

2.12 A Liminar e a Questão do Prejulgamento

A concessão de uma liminar nos leva a questionar sobre a ocorrência de um possível prejulgamento da causa, uma vez que ela figura sempre como uma antecipação fática daquilo que se obteria ao final da decisão.

A liminar entretanto, apesar de antecipatória, jamais significará um prejulgamento, pois, conforme já nos referimos ela antecipa os efeitos secundários da sentença, com repercussão no mundo fático.

Se antecipasse os efeitos principais da sentença, de modo que o juiz já na liminar declarasse ou constituíssem direitos, então sim, haveria prejulgamento.

Prejulgamento não existe, outrossim, porque a liminar é concedida com base um juízo de verossimilhança¹⁰⁵, de mera aparência do direito e não de certeza, daí decorrendo sua provisoriedade e revogabilidade. Em função disto, ela não vincula o juiz a mantê-la, nem influi na formulação de seu juízo por ocasião da sentença.

A liminar, portanto, não prejudica a sentença de mérito, de modo que o magistrado fique impedido de decidir a questão principal em sentido diverso ao que decidirá no momento de sua concessão.

Na medida em que não há prejulgamento da causa, não se pode dizer que a liminar incide no mérito, nem mesmo provisoriamente. Ela é absolutamente autônoma em relação a este. Esta autonomia existe mesmo naqueles casos em que coincide o que se pretende ao final da ação e o que foi concedido com a liminar.

Ao dizer que a liminar não incide no mérito não se está querendo afirmar que o juiz, para a sua concessão, não faça uma análise da possível procedência da ação. Ao contrário, a liminar antecipa os efeitos fáticos decorrentes de uma sentença provavelmente

¹⁰⁵ Neste sentido, Ferruccio Tommaseo justifica a impossibilidade do conteúdo do provimento urgente causar prejuízo ao mérito da ação. Tal afirmativa aplica-se igualmente às liminares. Silvio Dobrowolski (1985) entende não poder a liminar envolver prejulgamento porque só se julga depois de realizado o contraditório.

favorável ao requerente. Por este motivo, a verificação de que o requerente da liminar tenha aparentemente condições de sair-se vitorioso é de rigor.

O juiz, assim procedendo, não estará fazendo outra coisa senão perquerindo sobre a existência de uma viabilidade aparente de que os fatos narrados possam redundar na consequência pedida ao final de ação. Se ultrapassar esse limite, então o juiz estará incidindo no mérito, e conseqüentemente, prejulgando a causa.

2.13 Fundamentação da Decisão Liminar

É de notório conhecimento a característica inerente à função do magistrado: a imparcialidade. O juiz deve analisar os fatos, assim como as provas que o circundam e quando, baseado nesses aspectos, tiver formada sua convicção, profere a decisão de forma fundamentada.

A fundamentação, além de ser natural à função imparcial do magistrado, também deve ser observada para fins de garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa, visto que, a parte somente poderá se defender do que tiver claro conhecimento.

Não obstante, tem-se ainda, o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal que prevê expressamente que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

Do exposto, se acresce que vige em nosso sistema jurídico o princípio da obrigatoriedade de fundamentar as decisões, tendo sua origem na tradição lusitana. Segundo Barbosa MOREIRA (1980, p. 85) no Código Filipino já havia disposição neste sentido, com a particularidade de que o juiz que infringisse tal preceito ficava sujeito ao pagamento de multa em benefício da parte.

Ocorre que, tem-se que as decisões relativas às liminares, de caráter interlocutórias, podem ser concisas - vide artigo 165 CPC – entretanto, não se deve confundir concisão com desprovemento de fundamentação. A decisão concisa é aquela que tem uma fundamentação breve, sucinta, contendo apenas os elementos indispensáveis para o seu embasamento, diferentemente de uma decisão de sentença, em que é exigida uma exposição circunstanciada¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Aqui, discordamos do entendimento trazido pelo Professor Calmon de PASSOS (1995, p. 46) em que, em debate com o Professor Cândido Rangel Dinamarco e Ministro Romildo Bueno de Souza afirma ser fundamentada decisão liminar com a seguinte fundamentação “presentes os requisitos do *fumus boni jûris* e *periculum in mora*, concedo a liminar”; visto que não basta reconhecer a presença; há do juiz demonstrar a inteligência que o levou a tal conclusão, e isto se dá exatamente em sua fundamentação.

Segundo raciocínio de LARA (1994, p. 40) a fundamentação da decisão acerca da liminar ganha especial importância quando ela é concedida *inaudita alter pars*. Nesta hipótese o juiz deve demonstrar, ainda com mais razão, quais os motivos que o convenceram a conceder uma medida urgente, na maioria das vezes, com sérias repercussões no mundo fático, embasado somente nos argumentos e provas trazidos pelo autor.

Por fim, importante salientar que a decisão que revoga ou modifica a liminar, tal como a que concede ou denega, também deve ser motivada, pelos mesmos apontamentos retro indicados.

2.14 Questão de Descumprimento da Ordem Liminar

Acerca da questão, novamente nos debruçamos aos ensinamentos de ORIONE NETO (2000a, p. 71-74), que indica que intrínseco ao próprio conceito de liminar, está a urgência de sua consubstanciação. Assim, de nada valeria ver garantida a ordem liminar, se esta não for efetivamente cumprida. Relata que no direito pátrio, não dispomos de um instituto semelhante ao *contempt of court* do direito anglo-americano, que é um meio de coação para cumprimento de ordens judiciais.

No Brasil, nenhum instituto tem esta finalidade específica, defendendo alguns autores que quando da desobediência de ordem judicial, caberia prisão ao descumpridor; principalmente em decisões que desrespeitassem a execução de liminares.

Porém, fica claro que a legislação é falha no tocante a tal desobediência; não possui pois, um mecanismo que faça a ordem valer frente a um descumprimento. Via de regra, a punição para quem desobedece uma ordem liminar é obtida recorrendo-se ao direito penal. A imposição das penas oriundas das práticas por crime de residência, desobediência e desacato (previstos nos artigos 329, 330 e 331 do CP) não faz com que se logre a efetivação do provimento liminar. Serve tão somente como meio de coerção, sem que, por seu intermédio, se atinja o fim diretamente buscado.

A saída é continuar utilizando a força policial, cujo remédio tem se revelado eficaz na prática para alcançar o cumprimento de diversas modalidades de ordens judiciais (artigo 362, do Código Penal), enquanto não é regulado efetivamente um instrumento que garanta a execução das medidas judiciais – especialmente as que clamam por urgência para se fazerem efetivas.

2.15 Duração da Liminar

É de grande controvérsia a discussão acerca da duração das medidas liminares concedidas em sede de ação popular, mandado de segurança, tutela antecipatória, ação cautelar, ação possessória...

Segundo ORIONE NETO (2000a, p. 91-93) via de regra a liminar tem uma duração certa: ela subsiste até a prolação da sentença. Proferida a sentença, diversas hipóteses podem ocorrer: a) sua revogação, em virtude da prolação da sentença de improcedência do pedido; b) sua revogação, em virtude da extinção sem julgamento de mérito; c) sua substituição pela sentença de procedência do pedido; d) sua manutenção, em virtude de o juiz ter expressamente ressalvado a subsistência da liminar até a sentença passar em julgado, não obstante ela seja de improcedência do pedido.

A primeira discussão reside no fato de saber se continua com efeito a liminar concedida, após a promulgação da sentença que indefere o pedido, ou então julga extinto o processo sem julgamento do *meritum causae*, caso na sentença não seja expressamente revogado.

Para responder tal questionamento, saliente-se que se o juiz concedeu a liminar, é porque vislumbrou a ocorrência dos pressupostos legais na liminar cautelar – o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ou ainda porque estão presentes os requisitos da lei para que possa adiantar o provimento de mérito (liminar antecipatória).

Com efeito, se a decisão de mérito é denegatória, não mais subsistem os motivos que autorizaram a concessão provisória da liminar. Uma vez que a revogação da liminar constitui corolário natural da sentença de improcedência. Se o impetrante não tem razão, não há de se sustentar a liminar, mesmo que tal efeito não seja expressamente elencado na sentença. Assim é o ensinamento de NERY JUNIOR (1990, p. 395) que indica “[...] o provimento de improcedência do pedido é juridicamente incompatível com a manutenção da liminar, de sorte que, decretada a improcedência, *ipso facto* perde a eficácia liminar, independentemente de haver ou não interposição de recurso.” Caso contrário fosse, é pretender sobrepor um juízo de valor provisório e superficial, que é o da liminar, ao juízo de valor substancial e definitivo, que é o da sentença. Torna-se assim, irrelevante o fato de o juiz cassar expressamente a liminar, de todo desnecessário porque da improcedência do pedido decore a insubsistência da liminar.

As mesmas conseqüências podem ser extraídas da sentença que extingue o processo sem julgamento de mérito (artigo 267 CPC), que implica o decreto judicial de que o autor não tinha direito de ver seu pedido apreciado no mérito. A insubsistência da liminar nesse caso é decorrência natural da extinção do processo sem conhecimento do mérito. Seria ilógico considerar sobrevivente uma medida liminar que fora proferida em um processo que acaba de ser extinto.

A outra discussão, refere-se a daquela que julgou procedente o pedido. Neste campo, entende-se que sua impugnabilidade por recurso com efeito suspensivo não retira eficácia da liminar concedida no processo. Com efeito, deferida a liminar, afinal, julgado procedente o pedido, a liminar é absorvida pela sentença. Esta, a nosso ver, não transforma a liminar em medida definitiva. A rigor, a liminar, com o advento da sentença, e em virtude da sua provisoriedade, desaparece e é substituída pela sentença.

2.16 Liminares de Natureza Antecipatória

2.16.1 Ações Possessórias

Embora muito anteriores à sua reforma, estão disciplinadas as liminares inerentes às ações possessórias. Elas são a expressão atual dos antigos interditos do direito romano, que não foram concebidos para salvar o direito ou preservar o bem, como as medidas urgentes em geral, mas nem por isso deixam de ser medidas urgentes. Essas liminares são as manifestações de um juízo do direito do mais forte, feito pelo legislador ao instituir o que se chama de proteção possessória: a importância social e econômica da posse e o interesse público pela estabilidade em seu exercício repercutem na ordem processual com esse empenho em assegurar a quem a exerce, ou a quem a exerceu e perdeu, a continuidade ou a restauração desse exercício – e daí os tradicionais instrumentos consistentes nos interditos *retinendae possessionis* ou *recuperandae possessionis*, do direito romano clássico, citados por BIONDI (1956, p. 443).

Segundo RODRIGUES (1989, v. 5, p. 20):

Os interditos possessórios caracterizam-se como autênticas antecipações de tutela, pelo simples e óbvio motivo de que consistem em antecipar ao titular do *jus possessionis* a mesma e precisa proteção que ele espera obter ao fim do processo em caráter definitivo, ou seja, o poder de atuar sobre o bem como se fosse proprietário.

Ressalte-se que não há porque desautorizar a outorga da posse ao autor depois do momento indicado no artigo 928 do CPC (*inaudita altera pars* ou logo após uma justificação liminar), o que se dará sempre que o juiz, ao longo do procedimento e havendo recolhido elementos instrutórios suficientes, se convença da boa probabilidade do direito do autor, e isso poderá ser feito até mesmo ao sentenciar tanto quanto se dá em relação as antecipações em geral.

2.16.2 Antecipações Regidas por Leis Extravagantes

A Lei do Mandado de Segurança autoriza a concessão de liminar suspendendo a eficácia do ato impugnado, quando for relevante o fundamento e desse ato puder resultar a ineficácia da medida que acaso venha a ser concedida (Lei n. 1533/51, artigo 7º, inciso II). Estão aí de modo muito claro, as exigências da probabilidade do direito (fundamentos relevantes) e da urgência da medida.

A Lei de Ação Popular autoriza a suspensão liminar do ato lesivo impugnado, sem explicitar os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* (Lei 4717/65, artigo 5º, §4º), mas, ao dizer que essa suspensão será concedida para a defesa do interesse público, ela está claramente a exigir a existência de um perigo – porque não se conceberia uma defesa, se não fosse a necessidade de evitar a consumação de um mal. O texto não explicita a necessidade da probabilidade do direito do autor, ou *fumus boni juris*, mas ao menos duas razões constitucionais deixam fora de dúvida que sem esse requisito não se concedem liminares em ação popular: a primeira delas é a imperiosidade da cláusula do *due process of law* (CF, artigo 5º, inciso LIV), que impede que se invada a esfera de direitos do réu sem que haja algum fundamento para isso; a segunda é a necessidade de motivar a decisão concessiva da liminar (CF, art 93, inciso IX), não havendo como motivá-la adequadamente se não houver um motivo constitucionalmente legítimo para a concessão.

A Lei da Ação Civil Pública estabelece que “o juiz poderá conceder mandado liminar, com ou sem justificção prévia” (Lei 7347/85, artigo 12). Não fala em requisito algum, mas se uma justificção pode ser necessária, é porque necessária é também a presença dos requisitos da urgência e da probabilidade; além disso, o contrário equivaleria a desconsiderar o devido processo legal. Mais técnico e explícito, o Código de Defesa do Consumidor dispõe que “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificção de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder tutela liminarmente ou após justificção prévia, citado o réu” (artigo 84, §3º da lei 8078/90).

A lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade tem um longo e minucioso capítulo sobre a medida cautelar (arts. 10 a 12), mas de tanta imprecisão chega ao ponto de não dizer sequer para qual fim essa medida de urgência poderá ser concedida nem fala de requisitos. É inerente índole dessa lei, todavia, a destinação dessa falsa cautelar à antecipação dos efeitos esperados do julgamento final da causa em caso de procedência da demanda, ou seja, ao bloqueio da eficácia da lei ou ato normativo submetido à ação direta. A lei não fala do perigo do retardamento nem de alguma circunstância equivalente, omitindo-se também quando ao *fumus boni juris*, mas nem um nem outro desses requisitos pode ser desconsiderado, porque não há interesse legítimo à antecipação se não houver um perigo a debelar e porque fazê-lo sem a verossimilhança da inconstitucionalidade é transgredir o devido processo legal.

Todas essas provisões legais, em que se verificam em sede liminar, constituem oferta de medidas antecipatórias de tutela, não de proteção cautelar. Nenhuma das medidas aqui consideradas é instrumental ao processo, nem se destina a optar meios para o melhor e mais eficiente exercício da jurisdição, o que é próprio das cautelares. Trata-se de medidas de urgência de natureza antecipatórias, da entrega do bem da lide, por excelência.

CAPÍTULO 3 TUTELA CAUTELAR

3.1 Considerações Iniciais, Etimologia e Conceito

Em termos processuais, o aforismo retrata a tensão entre duas exigências necessárias à realização da justiça: certeza do direito e prontidão da tutela respectiva. Nisso, certamente, se resume o drama do processo: a obtenção de uma decisão justa num curto espaço de tempo.

Os perigos de dano a que ficam expostos os litigantes, desde a propositura da demanda até a obtenção da decisão final são grandes, haja vista que o processo, como toda ação humana, é essencialmente temporal.

A partir de tais premissas, emerge com plena autonomia, com *status* dinâmico e eficaz, o Processo Cautelar, como uma terceira finalidade do Processo (ao lado da cognição e execução), dando um caráter assecuratório e protetivo, frente a uma situação de perigo fática e emergencial, ao bem jurídico essencial em risco.

Segundo ORIONE NETO (2000a, p. 75) “[...] a própria origem etimológica da palavra cautelar traz em si seu *desideratum* no campo do processo. Deveras, o termo cautelar deriva de *caveo*, estar em guarda, e significa diligência, previsão ou precaução.”

Assim, temos que a tutela cautelar, que se realiza mediante um processo cautelar, constitui uma nova face de jurisdição, um *tertium genus*, que: contém a um só tempo as funções de processo de conhecimento e de execução, e tem por elemento específico a prevenção, consistindo, pois, a ação cautelar, no direito de provocar, o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo, eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado.

Sendo assim um meio técnico capaz de harmonizar, tanto quanto possível, os imperativos contrastes que afligem o processo comum, efetivando providências para afastar um perigo iminente de dano, convergindo os interesses de celeridade e plena ponderação.

3.2 Evolução Histórica

As medidas urgentes cautelares já eram conhecidas à época do direito romano. Contudo, todas elas, postuladas por via das fórmulas sacramentais, ainda não possuíam a autonomia do atual Processo Cautelar como forma especial de jurisdição. Havia a “*I operis novi nuntiatio*”, que figurava como uma fase extrajudicial que precedia a judicial, e que funcionava como uma notificação prévia de proibição de continuidade de uma obra. Também existia a “*cautio damni infecti*”, que permitia ao requerente obter uma garantia de ressarcimento nos casos de perigo de dano. Chegou-se a ter, até, uma figura similar ao nosso sequestro, que consistia no depósito de uma coisa em poder de uma terceira pessoa, a fim de que fosse conservada até o final da lide.

Foi na Alemanha que apareceram as primeiras tentativas de fixar uma concepção processual dessa classe de medidas, de sistematizá-las. Contudo, foram os grandes processualistas italianos que elaboraram, dentre posições divergentes, a doutrina da autonomia do processo cautelar, diferenciando-o totalmente do processo cognitivo e o de execução.

Dentre os processualistas italianos que teorizaram sobre o tema, se despontam, pelas abordagens realizadas, contribuindo sensivelmente para o aperfeiçoamento das legislações mais modernas, Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti.

Na teoria de Chiovenda, as medidas cautelares já são consideradas ação, isto é “ação asseguradora”. Segundo o eminente mestre, CHIOVENDA (1965, v.1, p. 274) “[...] a medida provisória corresponde à necessidade efetiva e atual de afastar o temor de um dano jurídico.” Contudo, conforme avaliações posteriores, faltou a Chiovenda completar o conceito de medida cautelar, ligando-a a condição de que o receio do dano deve originar-se do perigo da demora na obtenção da tutela jurisdicional comum.

Já Calamandrei, por seu turno, deu um grande passo no sentido de defender a condição de instrumentalidade da medida cautelar. Para Calamandrei as providências cautelares nunca constituem um fim em si mesmas, pois estão preordenadas à emanção de uma ulterior providência definitiva, cujo resultado prático asseguram preventivamente. Dessa forma, nas medidas cautelares, mais que a finalidade de atuar o direito, existe a finalidade imediata de assegurar a eficácia prática da providência definitiva.

Contudo, fora a teoria traçada por Carnelutti que mais contribuiu para o avanço do conceito acerca da tutela cautelar, nas palavras do jurista Humberto THEODORO JUNIOR

(1976, p. 52-53): “[...] a opinião de Carnelutti, sem dúvida a mais avançada sobre o tema de tutela cautelar, sofreu sensível mutação ao longo de sua obra. Inicialmente entendeu que a ação cautelar produzia a sistematização de fato durante a lide.” Depois passou a concebê-la como uma “composição provisória da lide”. Mais tarde esse entendimento foi substituído pelo de que o processo cautelar “serve à tutela do processo”, como instrumento não só para garantir a “utilidade prática do processo definitivo”. Por fim, aperfeiçoou a concepção do processo cautelar, concluindo que sua finalidade é assegurar “o equilíbrio inicial das partes”, isto é, a tutela cautelar destina-se a “evitar no limite possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes, que possa derivar da duração do processo. Destacou, outrossim, o grande processualista, com rigor científico, a posição do processo cautelar como destinado a realizar um dos fins da jurisdição – a prevenção – figurando, assim, como um *tertium genus* do processo contencioso. De tal arte, Carnelutti conseguiu libertar a tutela cautelar da imprópria conceituação de que seria ela antecipação provisória da tutela definitiva, mesmo porque tal afirmação por si só, é insuficiente para explicar a razão de ser ou a finalidade última da cautela: por que merece ser antecipada a tutela de mérito, se não se sabe ainda, se a parte faz jus, realmente, à proteção substancial? Essa explicação que encontrou com precisão, foi sem dúvida, a notável Carnelutti, ao colocar o processo cautelar como meio hábil para garantir o exercício eficiente do monopólio da Justiça, um remédio adequado à justa composição da lide.

Atualmente, ao analisarmos a tutela cautelar dentro de uma visão sistêmica procedimental, verificaremos que a mesma não se restringe a uma mera ação, bem como não se liga exclusivamente a segurança de um processo futuro “principal” (instrumentalidade). Sua essência além de autônoma é também completamente independente, tendo em vista ter institutos próprios de regulação, apresentando fórmula própria de processamento, culminando em uma sentença que satisfaz plenamente o objeto posto em juízo, isto é, resguardo de maneira temporária do direito, a título de medida de segurança. Assim, como equivocadamente expresso no artigo 796 “o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”, a tutela cautelar está vinculada diretamente à proteção frente à situação de perigo, que ameaçando de perda ou séria diminuição um determinado interesse jurídico, exige uma pronta e eficaz proteção, de tal modo que a possibilidade de um dano irreparável seja afastada. Assim, para Ovídio da SILVA (1980, p. 24) há “[...] dependência da pretensão a segurança, e não ao processo, como erroneamente está comentado no art. 796 do atual Código de Processo Civil.”

3.3 Natureza Jurídica

Conforme já mencionado, a natureza jurídica do provimento cautelar é de própria essência acautelatória, assegurativa, ou protetiva.

Conforme entendimento consolidado, serve a tutela cautelar uma dupla finalidade: ao mesmo tempo que defende os direitos subjetivos garantindo sua eficácia, consolida a seriedade da função jurisdicional.

Assim, a natureza da tutela cautelar é de ao mesmo tempo proteger relação jurídica – numa visão entre partes, como também possui o escopo de proteger a própria jurisdição, mantendo-a eficaz e creditável.

3.3.1 A Tutela Cautelar no Atual Contexto das Tutelas Diferenciadas

Na lição de THEODORO JUNIOR (2006, p. 30-31), o século XX introduziu no direito processual o ideário da efetividade, deslocando suas cogitações primordiais do campo das estruturas normativas para o terreno das funções das normas processuais.

O direito processual passou a abrigar o empenho por sua adequação e aderência à realidade sócio-jurídica a que o processo deve servir. No afã de abreviar o acesso à efetividade da tutela jurisdicional, os tempos modernos têm sido ricos na concepção de tutelas diferenciadas, criando-se, mesmo, uma nova e ampla categoria a par dos moldes clássicos das tutelas de conhecimento e de execução, que veio a ser denominada tutela diferenciada de urgência.

Dentre as medidas utilizadas para dar maior efetividade – e conseqüência credibilidade – podemos citar a tutela cautelar, tanto pela sua característica de celeridade (em razão da sumariedade procedimental e cognitiva); quanto pelos poderes que foram concedidos ao juiz nesta espécie de jurisdição – Poder Geral de Cautela e Poder Genérico -, em face do risco de danos decorrentes da demora do provimento judicial.

Segundo THEODORO JUNIOR (2006, p. 32) a tônica comum das tutelas de urgência – incluindo-se da espécie tutela cautelar – é enfrentar o perigo da demora do processo (*periculum in mora*), criando expedientes capazes de impedir que um dano irremediável, ou de difícil reparação, ocorra ao processo ou ao direito material da parte, antes do provimento jurisdicional definitivo.

3.4 Elementos do Mérito da Ação Cautelar

O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são comumente ditos pressupostos da cautela¹⁰⁷. Isto é um erro. Somente a utilização de um sentido não técnico aos vocábulos pressupostos ou requisitos pode se acarretar esta associação. O *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* são elementos do mérito da cautela.

3.4.1 O *Fumus Boni Iuris*

Fumus boni iuris, literalmente fumaça do bom direito, diz respeito à verossimilhança do direito acautelado. Faz referência a plausibilidade do direito que se quer acautelar, levando-se em conta regras de lógica, máximas da experiência e o direito posto. A aferição tomará em linha de conta o direito "*in statu assertionis*"¹⁰⁸ com referência a uma hipótese concreta, ou seja tomando os dados do caso concreto e não uma situação completamente abstrata. É preciso grande atenção neste ponto porque o *fumus boni iuris* não se refere, como preconizam Humberto Theodoro Junior e Ronaldo Cunha Campos, a verificação efetiva de que realmente, a parte dispõe

¹⁰⁷ O mérito é o próprio objeto do processo, e como tal, está consubstanciado no pedido formulado pelo autor na sua inicial; que deve ser fundado em fatos. Como tal não pode ser confundido com requisitos, ainda que indispensáveis para a sua apreciação. Estes, lógica e juridicamente, são antecedentes daquele. Aliás, em relação ao exame do mérito, as chamadas condições de admissibilidade da ação longe de se constituírem em acontecimento futuros e certos ou incertos, são verdadeiros pressupostos, no sentido de fatos considerados como antecedentes necessários de outro. Portanto, o mérito não pode ser encoberto na sua própria esfera de admissibilidade.

Por outro lado, enquanto as condições de ação são, de certa forma, genéricas, sem se vincular estritamente às características básicas do pedido veiculado no processo, este tem peculiaridades próprias e inconfundíveis, que o individualizam, seja do próprio direito material ou processual, nele consubstanciado, do objeto desse direito ou do seu título. Destarte, enquanto as condições de admissibilidade são, de modo geral, as mesmas para todas as espécies de um tipo de processo (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade da parte e interesse de agir), o mérito de cada processo é dotado de individualidade própria, que não permite reiteração, se devidamente examinado.

Ao examinar o mérito, o Estado, através de seu poder competente, exaure o seu dever de objetivo no caso concreto trazido à sua apreciação, ou satisfaz definitivamente um direito por ele já reconhecido. Daí a decisão seu trânsito em julgado (formal ou materialmente). O mesmo incorre no que tange às condições de admissibilidade, cuja falta de implementação faz com que a máquina judiciária atue em vão, sem aplicação do direito ao caso concreto, resultando daí a necessidade ou a possibilidade de reiteração da mesma ação em um novo processo, salvo exceções legais (267 CPC, perempção, litispêndência e a coisa julgada).

Por isto, ao analisar o pedido liminar de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, julga-se o próprio mérito, o próprio objeto do pleito; sendo estes portanto, elementos meritórios, e não simplesmente pressupostos (ou requisitos) especiais da ação cautelar.

¹⁰⁸ Significa dizer que assim como as condições da ação no processo de conhecimento, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* são verificadas levando em conta uma probabilidade de existência levando em conta a narrativa inicial. Descabe ao magistrado na cautela aprofundar-se em questionamentos acerca do direito acautelado, tendo em vista que o objeto aqui pretendido, é a segurança frente ao perigo.

do direito de ação, direito ao processo principal a ser tutelado; mas sim guarda ligação com o próprio direito material, objeto da cautela, verificando ainda, a viabilidade do mesmo frente ao ordenamento (CAMPOS, 1974, p. 132).

3.4.2 O *Periculum In Mora*

Já no *periculum in mora* encontra-se a situação de risco (dano) que demanda a cautela associada ao perigo de demora em obtenção de uma tutela através de um processo moroso. E para além disto, como preconiza o formidável jurista Ovídio A. Baptista de SILVA (1980, p. 35) para quem o que justifica a tutela cautelar é a existência do perigo de dano considerado em si mesmo e não associado ao retardamento de um perigo jurisdicional definitivo, explana que sempre que, por uma modificação do mundo exterior produzida por fato do homem ou por fato natural, se cria situação perigosa, que ameaça fazer periclitarem um determinado bem jurídico, criando sério risco de dano, justifica-se a tutela cautelar, tendo em vista que não é apenas o elemento temporal a única causa de danos.

Dentro do *periculum in mora* identificamos, portanto, duas situações, uma representando um evento, ato ou fato jurídico que pode por em risco o bem da vida pretendido; outra representada pelo fator temporal e que se materializa na premência de intervenção posto que a via ordinária do processo de execução ou de conhecimento não será suficientemente célere para impedir a consumação do risco, sendo pois, necessária à intervenção do processo cautelar. Atentando para questão de haver um risco objetivo e atual de que a lesão temida se converta em dano efetivo, sendo tal situação atual e iminente. O fundamento de fato é composto pelos fatores já mencionados do provável evento danoso e da premência temporal.

Agregados a fumaça do bom direito e o perigo na demora, literalmente traduzido, correspondendo ao direito acautelado (*fumus boni iuris*), a situação danosa provável e ao perigo da demora (*periculum in mora*), a cautelar poderá ter acolhido, julgando-se-lhe o mérito.

3.5 Cognição Sumária

3.5.1 Cognição

Segundo conceitua MARINONI (1992, p. 21), cognição é a relação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, sendo a função intermediária entre eles.

Nas paravas de WATANABE (1995, p. 59),

[...] a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valor as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do juízo, do julgamento do processo [...] a cognição deve ser considerada como importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão, a ser tutelada, concebendo-se a partir dela diferentes tipos de procedimento, com vistas à instrumentalidade do processo.

Tal ocorre tendo-se em vista que é o procedimento que dá a estrutura própria da relação jurídico-processual, e por meio dele assume o processo uma figura definida. Sem ele, a relação jurídica seria como corpo sem ossatura. Isso porque, é através do procedimento que se criam diferenciados tipos de processo, a fim de que se atendam as exigências das pretensões materiais, quanto à sua natureza, urgência, definitividade da solução e outros aspectos daquelas.

Aí se encontra a grande importância da técnica cognitiva: é através da adoção de várias combinações dos tipos de cognição existentes, que é possível haver diferentes tipos de procedimento. Isso porque a cognição pode ter seu grau de intensidade ou amplitude diversificando a fim de atender, diante da perspectiva da efetividade do processo, às peculiaridades da pretensão de direito material a ser tutelada.

Conforme WATANABE (1995, p. 124) o processo tem dois planos em que atua a cognição: horizontal, atinente à extensão dos fatos, e o vertical, atinente à profundidade, à intensidade com que irá se conhecê-los. No plano vertical o processo terá cognição exauriente, sumária ou superficial, conforme for o grau de cognição sobre o objeto cognoscível. No plano horizontal, o processo terá cognição plena ou parcial, conforme se permita, ou não, a ampla apreciação de todo o conflito em torno da pretensão.

3.5.2 Sumária

É a forma de cognição menos aprofundada, ou seja, a intensidade da relação entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível será menor.

É própria dos juízos de probabilidade, perfunctório, superficial, em virtude da situação de urgência apresentada não permitir a cognição aprofundada do objeto litigioso, necessitando de solução rápida.

Faz-se, nesse tipo de cognição, um juízo de probabilidade ou verossimilhança, aposto àquele juízo de certeza que se busca com a exauriente. A valoração situa-se sobre provas produzidas pelas partes para corroborar a afirmação de um fato, sem porém, serem suficientes para a cognição exauriente desse fato.

Assim, conseqüentemente, parece pacífico entre os doutrinadores o entendimento de que os processos de cognição sumária não podem determinar a solução definitiva da lide, devendo haver outro veículo a fim de proporcionar um juízo pleno acerca do mesmo objeto.

Eis a cognição típica das tutelas de urgência, e portanto, da tutela cautelar, visto que nos dizeres de WATANABE (1995, p. 145) “[...]constitui uma técnica processual relevantíssima para a concepção de processo que tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização do direito.”

Ressalte-se, porém, em relação à cognição sumária cautelar, quando falamos de limitações quanto à profundidade não estamos nos referindo às questões da matéria objeto do processo, mas sim ao limite na atividade investigativa que será realizada frente a cada qual das questões. Não há exclusão de nenhuma questão, entendida questão como o ponto de fato ou de direito controvertido. Mas quando da investigação realizada no material objeto de análise, esta será realizada de forma superficial, perfunctória, não aprofundada, ou ao contrário será aprofundada e ilimitada, dando ensanchas respectivamente a juízos de verossimilhança ou de certeza. O convencimento, em uma e outra situação, varia de intensidade, indo da probabilidade à certeza.

Vale notar, que são possíveis combinações de cognição sumária plena, sumária parcial; exauriente parcial e exauriente plena. No processo cautelar, em regra temos cognição sumária plena, com limitação em profundidade, não em extensão. Logo a limitação é no sentido vertical, não horizontal. Conhece-se a íntegra das questões da demanda cautelar, sem contudo que tal conhecimento seja em profundidade.

3.6 Características

3.6.1 Autonomia, Independência e Instrumentalidade

Segundo Ovídio da SILVA (1986, p. 30), a autonomia da tutela cautelar reside no fato da prestação jurisdicional visar eliminar ou evitar a probabilidade de sacrifício de um interesse, em face de uma “situação perigosa”. A tutela jurídica está, portanto, orientada no sentido de prevenir a ocorrência de uma lesão mais profunda de um bem jurídico tutelado. Daí o caráter de prevenção, que não é exclusivo da ação cautelar, mas que certamente lhe é inerente.

Essa autonomia decorre, segundo THEODORO JUNIOR (1977, v. 2, p. 333) dos fins próprios perseguidos pelo processo cautelar, que são realizados independentemente da procedência ou não da ação tida como principal. Tal autonomia, pois, se destaca quando se verifica que o resultado de um, não reflete sobre a substância do outro.

E frente ao que fora tão bem preconizado por Liebman, citado em ORIONE NETO (2000b, v. 1, p. 333) “[...] o processo acautelatório tem, de fato, como organismo processual, uma individualidade própria, uma demanda, uma relação processual, um provimento final, um objeto próprio, que é a ação acautelatória”, é praticamente pacífico na doutrina, a vedação do sobrestamento do processo cautelar, passando a aguardar a marcha retardada da causa principal; porém, ainda de comum emprego na práxis forense.

A partir disto verificamos que a nota de instrumentalidade atribuída à ação cautelar, além de não lhe ser exclusiva¹⁰⁹, é incompatível com sua autonomia.

Com efeito, se dissermos que o provimento cautelar tem caráter meramente instrumental, estamos lhe negando o caráter de pretensão jurisdicional autônoma, e admitindo o absurdo jurídico de que o êxito do processo, chamado principal, é um fim (negando pois a essência instrumental mutante do processo), e atribuindo ao processo cautelar uma função de mero apêndice.

Sendo pois a ação cautelar autônoma e não meramente instrumental, podemos assim, embora haja grande divergência na doutrina, encarar como já visto, que a dependência prevista no artigo 796 do CPC não se vincula a um obrigatório processo principal, mas sim está ligada a proteção frente à situação de perigo, sendo a ação independente (pois cumpre seu

¹⁰⁹ Neste sentido, Ovídio da SILVA (1986, p. 30), “[...] defende ser o processo, em si mesmo, como uma realidade mutante, logicamente não tem finalidade em si, daí representar ele mesmo, um instrumento quer como muitos afirmam de composição de lide, quer como insistem outros de atuação do direito objetivo.”

objetivo de resguardar o direito ameaçado de perigo). E frente a mudanças fáticas, ocorrerá à própria modificação da tutela, visando pois o “processo principal” um direito diverso do resguardado na ação cautelar.

3.6.2 Urgência

Requisito necessário para concessão cautelar, é encarado como pressuposto *sine qua non*. A urgência decorre da própria natureza da tutela cautelar. Encontra-se conectada a provável existência de um perigo de dano. Nesse sentido a redação do artigo 798 do CPC, in fine, segundo o qual o juiz poderá determinar as medidas provisórias, que julgar adequadas, “quando houver fundado receio de uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra, lesão grave e de difícil reparação.”

3.6.3 Temporariedade

De acordo com a clássica distinção de Lopes da COSTA (1966, p. 16): “Temporário, em verdade, é o que perdura determinado tempo. Provisório porém, é o que, por algum tempo, serve até que venha o definitivo. O temporário se define em absoluto, apenas em face do tempo; provisório, além do tempo, exige a previsão de outra coisa, em que se sub-rogue.”

E frente ao exposto até o presente momento, é de lógica percepção que o resultado da ação cautelar é pois temporário, pois somente será alterado frente a modificações circunstanciais de seu objeto (a segurança), em face ao tempo.

Assim, como defendido equivocadamente por alguns doutrinadores, o caráter de provisoriedade do processo cautelar não está referido a uma pretensa ação futura, mas, ao contrário, se existe provisoriamente nelas é porque a situação jurídica tutelada, quer por mudanças circunstanciais - muitas vezes independentes da vontade das partes -, quer por decorrência de uma sentença proferida no processo que tenha examinado o próprio interesse, objeto a pretensão assecurativa – sofreu modificações, desaparecendo o motivo determinante da cautela. Ou o direito cuja segurança se pretendeu, inexistia ou existindo, recebeu proteção

por outra forma jurisdicional, de tal modo que a proteção cautelar perdeu a razão que o motivara (não havendo pois, sub-rogação).

3.6.4 Revogabilidade

O artigo 807 do CPC, *in fine*, estabelece que as medidas cautelares podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.

Lopes Costa já observava que o caráter *rebus sic stantibus* é inerente às medidas cautelares, que persistirão apenas enquanto perdurarem as condições que ensejarem sua concessão. A modificação e a revogação de medidas cautelares, já concedidas, ficam condicionadas a alteração do estado de coisas que propiciou o seu deferimento.

3.6.5 Existência de Coisa Julgada Material?

Ampla é a discussão doutrinária acerca de tal caractere. Três são as correntes principais que buscam embasar a existência ou não de coisa julgada material no bojo do processo cautelar, sendo que a única conversão absoluta é a que afirma que no caso de acolhimento de prescrição ou decadência teremos configurada a coisa julgada material, conforme previsto no artigo 810 do CPC.

A primeira linha, preconizada por mestres como Galeno Lacerda e Liebman, roga que a natureza variável e temporária das medidas cautelares exclui a duração de eficácia que caracteriza a coisa julgada material, não chegando a reconhecer nem sequer a sentença cautelar como análise de mérito, visto que negam a existência de um objeto próprio.

Já Ovídio A. Baptista da Silva comunga também com a não produção de coisa julgada material, porém sob outro fundamento. Considera a sentença cautelar como sendo de mérito como outra qualquer, pregando que o mérito reside na coisa sobre a qual se litiga; porém esta assegura sem satisfazer o direito que se assegura. Firmando, no entanto, que a mera temporariedade (ventilada pela corrente anterior) não constitui sólida justificativa para desconsideração do mérito e da coisa julgada material; haja vista que a que condena a

alimentos é igualmente temporária, no sentido de que pode sofrer modificações a qualquer tempo, e mesmo assim faz coisa julgada material.

A terceira vertente se ampara na completa distinção entre as lides cautelares e do processo tido como principal. Como está amplamente demonstrado, o processo cautelar possui um mérito que lhe é próprio e específico, constituído pelo *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Assim, o juiz profere uma sentença de mérito toda vez que defere ou indefere a medida acautelatória pleiteada. Sendo, portanto, o objeto da lide cautelar sempre o bem jurídico da segurança, exercido de modo independente, garantindo uma execução futura, e uma vez atendido, gera a materialidade processual (que não se confunde com substancialidade ou satisfatividade, que são caracteres que desconfiguram a cautela). Esta corrente defendida por exemplo por Luiz ORIONE NETO (2000b, v. 1, p 329-330), conclui que: Efetivamente, só mesmo um preconceito pasmoso e inconcebível contra o processo cautelar, de autores que ainda concebem o instituto como mero apêndice do processo principal é que não enxergam no feito cautelar, tanto existência de coisa julgada formal como material. Há coisa julgada formal porque não é permitido à parte renovar pedido já apreciado, salvo por novo fundamento (art 808 CPC); e há coisa julgada material pelo fato da decisão cautelar, uma vez preclusas as vias recursais, projetarem-se para fora do processo e impedir a renovação do feito cautelar.

3.6.6 Fungibilidade

Tal termo consiste na possibilidade de o juiz conceder a medida cautelar que lhe pareça mais adequada para proteger o direito da parte, ainda que não corresponda àquela medida que foi postulada.

A fungibilidade mitiga os rigores da adstrição do juiz ao pedido. No caso das ações cautelares, o juiz pode se valer da fungibilidade para conceder ao autor a medida que lhe parecer mais adequada, ainda que não corresponda àquela que foi pedida.

Justifica-se a aplicação da fungibilidade pelo fato de não estar em discussão, no processo cautelar, o direito material das partes, mas a eficácia do processo calcado na segurança e proteção. Sem a tutela cautelar, toda função jurisdicional estaria ameaçada.

Porém, a fungibilidade não pode ser empregada para burlar as exigências do legislador quanto as cautelares nominadas. O legislador previu certas situações em que

haveria risco à efetividade do processo, prevendo, em consonância, as medidas adequadas para afastar o risco.

A inovação da fungibilidade e do Poder Geral de Cautela¹¹⁰ não pode ser empregada com o fim de burlar as medidas cautelares nominadas, cujos requisitos foram expressamente previstos. Assim, o juiz só deve admitir a fungibilidade entre medidas nominadas e inominadas se verificar que ela não resultará em burla às exigências preconizadas.

3.6.7 Direito Substancial de Cautela

A discussão neste sentido consiste em se admitir ou não a existência de um direito material à cautela a ser tutelado através da ação cautelar, divide-se em duas partes: quanto à existência de um direito à segurança e quanto ao procedimento adequado à sua tutela presente iminência de perigo de dano irreparável.

Quanto à existência de um direito à segurança, a doutrina mais lúcida não o afasta¹¹¹, entendendo-o como decorrência do monopólio da atividade jurisdicional exercida pelo Estado, como forma de garantia à pacificação social. De forma que, ao mesmo tempo, em que o Estado se investe de tal monopólio, este se impõe o dever de prestar eficazmente a tutela jurisdicional.

Galeno Lacerda (1998), partidário da autonomia apenas procedimental e funcional da ação cautelar, admite a existência de um direito subjetivo material à segurança, porém não o liga à ação cautelar, que teria por finalidade a tutela do processo, e não do direito material. E completa Calmon de Passos, citado por Ovídio da SILVA (1986, p. 69) que considera que a pretensão a segurança seja exercitável apenas mediante as ações de conhecimento ou de execução, que trazem definitiva solução aos conflitos.

Ante a este posicionamento contudo, Ovídio da SILVA (1986, p. 70) questiona quais seriam ações de conhecimento ou de execução competentes e adequadas como resposta

¹¹⁰ Previsto no artigo 798 CPC visa suprir as lacunas oriundas da impossibilidade de prever todas as situações concretas que ensejariam a proteção cautelar. Tendo finalidade supletiva, busca complementar o sistema protetivo de direitos, pela concessão ao juiz da possibilidade de suprir as lacunas do ordenamento positivo. Não se trata de discricionariedade do juiz, pois o legislador deixou expresso quais são os requisitos para concessão das providências cautelares: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Agindo sempre a partir do requerimento das partes, em consonância com a lei. Não se confunde pois com as medidas cautelares “*ex officio*” (art 797 CPC) que consubstancia o poder de ação do juiz de administrador do processo, também denominadas medidas administrativas.

¹¹¹ No ordenamento nacional, tal direito substancial é previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, no qual, em sua segunda parte, a ameaça – entendido como o perigo – ganhou tutela com escopo constitucional.

jurisdicional para a tutela da pretensão à segurança, posta diante de uma situação de ameaça de dano irreparável ao direito. Partindo do pressuposto pacífico de que existe a pretensão material à segurança, como seria tutelada tal pretensão quando urgente for a necessidade de proteção a direito material ameaçado, senão através de cautelar?

Dessa forma, parece coerente com todo o ordenamento jurídico a admissibilidade de um direito que não se confunde com o direito material, que possa vir a ser acertado em processo de conhecimento pleno, chamado direito substancial de cautela, a ser tutelado por ação cautelar, com procedimento próprio.

3.7 Poder Geral de Cautela

O intuito do direito processual ao prever a possibilidade de tutelar de forma cautelar a eficácia do processo, e conseqüentemente, a realização efetiva do direito da parte, é assegurar a parte meios para se coibir qualquer situação de perigo que possa vir a comprometer aqueles objetivos.

É certo que o Código de Processo Civil prevê várias providências preventivas com objetivos e procedimentos especiais quando se está face a certas situações específicas por ele previstas. Tais medidas são chamadas de medidas típicas ou nominadas.

Ocorre que ao legislador não é possível prever todas as situações que podem colocar em risco a eficácia e utilidade do processo principal. Desse modo, situações haveriam que ficariam desamparadas da prevenção. Daí a justificativa do artigo 798 do Código “Caberá ao juiz determinar outras medidas provisórias, além das específicas, desde que julgadas adequadas, sempre que houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito de outra lesão de grave e difícil reparação.”

Esse poder de criar providências de segurança fora das previsões específicas recebe doutrinariamente o nome de Poder Geral de Cautela.

As medidas que podem ser provenientes deste poder são indeterminadas, cabendo ao juiz criá-las e deferi-las da forma que melhor prevenir a situação de perigo da qual se encontre à frente.

A norma que prevê o poder geral de cautela demonstra ato de confiança do legislador para com o juiz, dando a este um poder de amplas dimensões. Necessário, entretanto, ter-se em mente que este poder não pode confundir-se com arbitrariedade.

Por isto, há de ser considerado de forma limitada. Segundo SANCHES (1978, p. 130-133), os limites são da necessidade, pois só a medida realmente necessária, dentro dos objetivos próprios da tutela cautelar, é que deve ser deferida; a segunda é de que não pode, nem deve, a medida cautela antecipar decisão sobre o direito material, pois não é de sua natureza autorizar execução provisória; e por último, limita-se porque não se admite que a pretexto de medida provisória atípica seja pretendida a suspensão de eficácia ou de executóriedade de sentença ou outro provimento judicial de mérito.

Para THEODORO JUNIOR (2005, p. 635), a doutrina e a jurisprudência, em face do sistema normativo vigente, demonstram existir, além dos requisitos básicos para qualquer medida cautelar, outros dois requisitos a serem obedecidos quando se trata de medida cautelar inominada embasada no poder geral de cautela, quais seja: da necessidade e da provisoriedade. Assim, para ser concedida deve ser realmente necessária dentro dos objetivos próprios da tutela cautelar, não podendo ser concedida indiscriminadamente. Será a tutela necessária se for indispensável para reprimir o perigo de dano a que se acha exposto o direito eventual do litigante antes do julgamento definitivo da lide. Neste diapasão, a situação substancial deve ser suscetível de modificações que possam acarretar tal dano, daí decorrendo o perigo. Se não houver a possibilidade, não há de se falar em urgência.

3.8 Classificação

Ao tratar da classificação a ser imposta sobre as medidas cautelares, encontramos vários desencontros entre os doutrinadores, principalmente em virtude dos contornos imprecisos que cada legislação atribui ao quadro prático das medidas cautelares do direito positivo de cada nação.

Ao que nos importa, merece destaque à difundida por Ramiro PODETTI (1956, p. 88) que considera a finalidade e o objeto sobre o qual deve incidir o provimento, dividindo em três espécies: a) medidas para assegurar bens, compreendendo as que visam a garantir uma futura execução forçada e as que apenas procuram manter um estado de coisa; b) medidas para assegurar pessoas, compreendendo providências relativas à guarda provisória de pessoas e as destinadas a satisfazer suas necessidades urgentes; c) Medidas para assegurar provas, compreendendo antecipação de coleta de elementos de convicção a serem ou não utilizados em futura instrução de processo.

A legislação civil brasileira, com relação ao momento da propositura de sua propositura, divide as medidas em a) medidas cautelares preparatórias, sendo aquelas que são propostas antes da propositura da ação principal; b) medidas cautelares incidentais, compreendendo aquelas que são propostas já no curso da ação principal, ou seja, durante o trâmite da ação principal.

E no que diz respeito a sua forma, nosso código distribuiu as medidas cautelares em seu texto, classificando-as como: a) medidas cautelares típicas ou nominadas, que englobam as medidas cautelares já previstas (taxativamente) no código; e b) medidas cautelares atípicas ou inominadas, que prevêem a possibilidade de surgimento de provimentos cautelares ainda não previstos pela legislação, que dependerão da aplicabilidade do Poder Geral de Cautela previsto ao magistrado.

3.9 Contracautela: Justificação e/ou Caução

A contracautela é a prudência de tomar-se medida acautelatória com fim teleológico de proteger-se aquele contra quem vai ser deferida a ordem mandamental. Se apresenta de duas formas: justificação e caução.

A justificação consiste, basicamente, em uma audiência marcada pelo julgador onde pretende firmar o seu juízo de convicção sobre a necessidade ou não da medida liminar. Nesta audiência, o juiz poderá ouvir o autor/requerente, testemunhas, peritos, enfim, utilizar todos os meios em direito admitidos, inclusive inspeção judicial, para formar sua concepção e deferir ou não a liminar. Trata-se de uma atitude acautelatória em favor do requerido.

Já a caução é a garantia real ou fidejussória ofertada pelo autor, espontaneamente ou mediante ordem do julgador, como garantia de cobrir os possíveis prejuízos que a medida pode ocasionar ao requerido¹¹². Como dizia CALAMANDREI (1966, p. 22):

¹¹² Previsto no artigo 798 CPC visa suprir as lacunas oriundas da impossibilidade de prever todas as situações concretas que ensejariam a proteção cautelar. Tendo finalidade supletiva, busca complementar o sistema protetivo de direitos, pela concessão ao juiz da possibilidade de suprir as lacunas do ordenamento positivo. Não se trata de discricionariedade do juiz, pois o legislador deixou expresso quais são os requisitos para concessão das providências cautelares: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Agindo sempre a partir do requerimento das partes, em consonância com a lei. Não se confunde pois com as medidas cautelares “ex officio” (art 797 CPC) que consubstancia o poder de ação do juiz de administrador do processo, também denominadas medidas administrativas.

A caução funciona, pois, em qualidade de cautela da cautela, ou como se diz, autorizadamente, da contracautela; enquanto a providência cautelar serve para prevenir os danos que poderiam nascer do retardamento da providência principal [...] a caução que acompanha a medida cautelar serve para assegurar o ressarcimento dos danos que poderiam causar-se a parte contrária pela excessiva celeridade da providência cautelar, e deste modo restabelece o equilíbrio entre as duas exigências discordantes.

Trata-se de garantia a ser prestada pelo autor, diferentemente, portanto, da caução aplicada por força do princípio da fungibilidade (art 805), que deve ser prestada pelo sujeito passivo da relação jurídica processual. Tal caução é efetivada mediante mera lavratura de termo, que poderá ser impugnada, posteriormente, dentro dos próprios autos, pelo requerido por insuficiente ou inidônea. A caução deverá ser substituída sempre que se verificar que não é suficiente para assegurar a parte adversa. Esta caução é medida de segurança para o réu que poderá, caso ocorrer qualquer das hipóteses contidas no art. 811 do Código, usá-la para cobrar do requerente os prejuízos causados.

O ressarcimento ou a indenização será apurado em processo de cognição, via de regra dentro da lide cautelar (art. 811, parágrafo único CPC), deverá a caução permanecer vinculada ao processo até o adimplemento total da obrigação. É permitida substituição do bem ou da coisa caucionada a requerimento do caucionante desde que o réu, ora credor, concorde com ela ou que discorde sem justificativa convincente.

Não existe a exigência legal da caução ter que ser dada em dinheiro. A única exigência que se faz é que ela seja idônea. Nem há de se falar que deva obedecer a ordem de nomeação do art. 655 CPC, eis que se trata de garantia e não ainda de processo expropriatório.

A caução, enquanto contracautela, tem cunho assecuratório, para prevenir perigo no sentido reverso e como tal deve ser exigida antes do deferimento da medida, todavia, ilegalidade alguma se vislumbra na exigência dela, inclusive de ofício pelo magistrado, após o deferimento da pretensão pleiteada, podendo ser por manifestação da parte ou não, podendo condicioná-la a manutenção da liminar.

Registre-se ainda que a contracautela não é pressuposto da concessão da medida liminar. Devendo ser utilizada frente à possibilidade de ocorrência de dano, sendo pois, um elemento de equilíbrio. Estando evidente a sua necessidade frente ao caso fático específico, é obrigação do julgador exigí-la, sendo que, se isto inoocorrer, e a parte contra quem foi deferida sofrer prejuízo, não tendo o autor como ressarcí-lo (nos termos do artigo 811 do CPC), poderá o prejudicado cobrar diretamente, via ação própria, as perdas e danos do Estado, eis que manifesto erro *in procedendo*, revestido pela negligência. Dita ação por falta de cautela,

poderá ser dirigida contra o Estado, via de regra, e não contra o magistrado, eis que a responsabilidade objetiva daquele não se confunde com a subjetiva deste, que aliás, pode ser demandado nos casos do art. 133, I e II do CPC.

Assim, notamos que a contracautela não está adstrita a mera discricionariedade do juiz, mas sim há vinculação. É ato que embora sujeito a certa subjetividade não encontra propriedade no mero espírito volitivo do julgador. Pondera-se sempre frente à razoabilidade e o bom senso.

3.10 Possibilidade de Concessão *ex officio*

É certo que o processo cautelar – que segundo CARNELLUTTI (1958, p. 364) “[...] é um contencioso, e só pode operar pela conjugação de forças que se faz presente em toda atividade jurisdicional, isto é, pelo binômio ‘jurisdição e ação’ e ‘ação e jurisdição’, em relação circular”, qual seja, inicia-se a jurisdição quando há provocação por uma ação do jurisdicionado, eis a explicação do princípio da inércia judicial, conforme previsto no artigo 2º do Código de Processo Civil.¹¹³

Contudo, o artigo 797 do mesmo diploma legal, prevê o chamado pela doutrina de Poder Genérico de Cautela do Juiz, onde é expresso que só em casos excepcionais, autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes. Notadamente, estamos diante de providências que o juiz deverá tomar visando preservar a eficácia ou utilidade do processo; tratam-se pois de medidas cautelares – e não de ação cautelar.

Interessante ressaltar a impropriedade trazida pelo texto – e mais ainda pela doutrina – visto que ao indicar que o poder limita-se aos casos previstos em lei, percebe-se em primeiro lugar que se está previsto em lei, não se trata de ato discricionário, e sim vinculado em razão do princípio da legalidade; e segundo, quando o legislador concedeu tais poderes aos magistrados, o fez visando abarcar as situações de risco que pudessem prejudicar – das mais diversas formas – a efetividade jurisdicional e as partes do processo.

¹¹³ “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.”

Tal poder genérico de cautela, desta forma, ao estar previsto em lei, é ato vinculado¹¹⁴; nos demais casos, pondera-se pelos princípios da razoabilidade e exige-se bom senso na decisão judicial.

Assim temos, que nos casos de medidas cautelares, o juiz poderá agir ex officio em sua função de administrador da justiça, sem contudo, ferir o princípio da isonomia no tratamento das partes. Tais medidas serão sempre incidentais, uma vez que se tratam de providências para administrar o litígio, que, portanto, já deve estar em andamento. Saliente-se portanto, que tais medidas exercitadas pelos juízes de forma preventiva não são processo, nem ação; mas sim, um poder concedido a título de dar maior respaldo na administração da própria justiça.

3.11 Aspectos Procedimentais¹¹⁵

Primeiramente, necessário destacar que, de acordo com o artigo 796 do CPC “o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal”, demonstrando assim, que o processo cautelar poderá ser antecedente ou incidente ao processo chamado de principal (aquele que discutirá a matéria em litígio, garantindo de forma definitiva a solução).

Quanto às partes legitimadas para figurarem a ação cautelar, são as mesmas legítimas para a ação principal. Porém, não precisam, necessariamente ocupar o mesmo pólo no qual figuram naquela. Assim, é absolutamente possível que o réu na ação principal figure como autor na cautelar, desde que tenha interesse correndo risco de dano o qual mereça ser protegido.

A competência de juízo para a cautelar segue a regra do artigo 800 do CPC, que remete ao mesmo do Juízo da causa principal, ou se esta não tiver sido proposta, do juiz competente para conhecê-la futuramente. Porém, como a missão de acautelar vincula-se a questões de urgência, prevenindo um dano ou risco de dano, não havendo a possibilidade de ser requerida a tutela ao juiz considerado como competente, poderá fazê-lo no local dos bens em risco de lesão; sendo posteriormente remetidos os autos ao juiz inicialmente considerado competente, conforme prevê a regra do artigo 809 do Código.

¹¹⁴ Por exemplo o artigo 653 do CPC – execução por quantia certa, manda que sejam arrestados bens do devedor caso o oficial de justiça não o encontre para citação; outros exemplos: artigo 475-O; 804, artigo 1000, parágrafo único, artigo 1001, artigo 1018 parágrafo único; artigo 793; e artigo 888. Esta última, que trata a respeito de outras medidas provisionais, importante ressaltar que só podem ser exercidas sob forma de ação, ou seja, provocação da parte.

¹¹⁵ Segundo ensinamento abalizado em THEODORO JÚNIOR (2006, p. 83, 192).

Ainda com relação a competência, importante salientar a ocorrência da prevenção; exceto nos casos citados no parágrafo acima.

Ainda, quando a ação estiver tramitando em grau de recurso, a medida cautelar, segundo o artigo 800, será requerida diretamente ao Tribunal, e não ao juízo de primeiro grau, salvo se o recurso não tiver efeito suspensivo, quando este poderá continuar a atuar no processo.

O procedimento da ação cautelar, conforme já demonstrado, embora não possa fugir do sistema do contraditório, é restrito apenas a verificar o *periculum* e o *fumus*, bem como a necessidade ou não da medida de segurança, e aspira celeridade, contentando-se com a notícia sumária e superficial dos fatos autorizadores da medida.

Entretanto, apesar de marcado pela celeridade todas as fases lógicas do procedimento judicial geral terão de ser observadas, no procedimento cautelar, quais sejam, inicia-se pela petição inicial (artigo 801), seguida pela citação do promovido (artigo 802), com oportunidade de contestação, instrução probatória e encerramento por sentença (artigo 803).

A instrução no processo cautela é por sua natureza célere, utilizando-se da forma da cognição sumária, da qual demonstramos a grande importância. Assim, nela reduzem-se as provas a informações fundadas em critério de mera plausibilidade. Renuncia-se à certeza, contentando-se com a busca da probabilidade.

Tudo isso porque, servindo-se a realizar sem demora sua função de dar segurança a garantir a efetividade do processo principal, e que tem caráter de urgência em face de uma situação de perigo, deve contentar-se com a mera aparência da existência de um direito e do perigo que o ameaça.

Em contrapartida ao provimento a ser emitido com base em simples juízo de probabilidade, a fim de acalmar os aflitos coma possibilidade de erro, da utilização do processo cautelar com má-fé da parte, ou ainda quando haja dúvida quanto à legitimidade do direito invocado, e provas insuficientes acerca deste e da situação de perigo, a legislação apresenta a solução da contracautela. Neste sentido, segundo Ovídio da SILVA (1974, p. 65) “[...] impõe nesses casos é que o juiz mande que o requerente efetue caução prévia e idônea, destinada a indenizar a outra parte, caso a medida cautelar se mostre prejudicada pela improcedência da principal.” E continua seu ensinamento dizendo que em sede de cautelares o dano maior residiria na protelação ou denegação da medida, e não sua concessão, ainda que equivocadamente.

Ressalta-se ainda, a importante previsão do artigo 804 do CPC, que demonstra claramente a preocupação do legislador em garantir o sucesso do processo, a fim de proteger efetivamente os bens deste e o direito sobre o qual a sua decisão irá recair: “é lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que

este, sendo citado, poderá torna-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”.

Aqui se tem outras três importantes previsões, além daquela já vista no parágrafo anterior, ou seja, da possibilidade do juiz exigir caução da parte requerente a fim de garantir a efetiva indenização dos prejuízos que o requerido possa, eventualmente, sofrer se a medida restar prejudicada.

A primeira delas refere-se a possibilidade de concessão liminar da medida cautelar. Acerca do tema NERY JUNIOR e ANDRADE NERY (2004, p. 311) “[...] é da essência do processo cautelar a urgência da medida, o que lhe confere o nome de provimento de urgência em outros ordenamentos, como o italiano. Não seria curial, portanto, fosse negada a possibilidade do autor, diante de casos urgentes, obter liminar.”

Neste caso, há previsão da medida liminar concedida antes da citação da parte contrária, pela concessão via *inaudita altera parte*, ou seja, sem oitiva da parte contrária, visto que, muitas vezes a citação poderia frustrar a finalidade da medida, ou ainda, a natureza é de urgência tal que não comportaria nem sequer, tempo para o ato da citação.

Não se trata aqui de ferir o princípio do contraditório, apenas há um retardo do ato para fase posterior, justificado pelo critério da necessidade eficaz e urgência.

A outra previsão feita é da justificação prévia, que deve ser muito utilizada pelos juízes, a fim de que não se denegue a medida cautelar apenas por lhe parecerem às provas apresentadas na inicial insuficientes. Desta maneira, o juiz ao analisar a petição inicial e os documentos apresentados pela parte inicialmente, não se convencer inteiramente do *fumus* e do *periculum*, poderá designar audiência na qual serão ouvidas testemunhas e ou apresentada outras provas, a fim de que se convença da necessidade.

Com ou sem a medida liminar, sendo o processo cautelar, um procedimento contencioso, deve encerrar-se com sentença que reconheça a procedência ou improcedência do pedido, após cumprir-se o itinerário completo das fases procedimentais que se iniciam com a postulação e se exaurem com o julgamento. A sentença deve seguir as regras do artigo 458, contendo relatório, fundamentação do fato e de direito e dispositivo, posto que é garantia constitucional que toda decisão deve ser fundamentada (CF, artigo 93, inciso IX).

Destaca-se com relação ao aspecto decisório que, diversamente do que ocorre no procedimento ordinário, em razão da predominância do interesse público que reveste o procedimento cautelar, diante do princípio da fungibilidade dos provimentos de segurança, e do poder do juiz de escolher a medida que lhe parecer a mais adequada a prevenir do dano a

situação concreta, não configura decisão *extra petita* a sentença que defere providência cautelar diversa da pleiteada.

Existe na lei ainda, prazo de eficácia do decreto cautelar, seja ele feito liminarmente ou em sentença. Essa eficácia é de trinta dias, contados do decreto executório. A execução é parte integrante do próprio provimento cautelar, posto que este tende diretamente a constituição do estado de segurança ou prevenção.

Importante, por fim, salientar – conforme já exposto – não haver formação de coisa julgada material, mas somente formal, visto que não há discussão acerca do direito substancial, mas recaí somente sobre a segurança em face ao iminente perigo. E diante de sua temporariedade, mesmo depois de encerramento do processo cautelar, é sempre possível o juiz, em nova relação processual, rever a medida já deferida, quer para modificá-la, que para revogá-la, conforme previsão do artigo 807.

3.12 Extinção

Se a medida for concedida preventivamente, ou seja, em processo anterior ao ajuizamento da ação principal, deve a parte propor esta no prazo de trinta dias contados da execução da medida, conforme previsão do artigo 806. Se tal não for feito, a medida perde sua eficácia (art. 808, inciso I).

O natural, porém, é que a medida cesse quando do julgamento definitivo da demanda, no processo considerado principal – que é o que discute o direito material propriamente dito, encerrando a demanda – ocorrendo conseqüente extinção, sendo ou não julgado o mérito da causa (artigo 808, III).

Outra forma de extinção da eficácia da medida cautelar, é a perda da eficácia de seu decreto, quando esta não for executada a medida no prazo de trinta dias (art. 808, II).

Pode ainda, ser extinta a medida cautelar por revogação, prevista no artigo 807, caso em que cabe ao interessado propor ação com tal finalidade contra o beneficiário da medida. A revogação, destarte, importa na subtração total da eficácia da medida deferida, retirando à parte toda a tutela cautelar, por não mais subsistirem as razões que, de início, a determinaram.

3.13 Recursos

Sendo autônomo o processo cautelar, que também corre em autos próprios (artigo 809 CPC), dando ensejo a uma decisão terminativa, culminará o seu procedimento em uma sentença, dentro do conceito do artigo 162, §1º, que corresponde ao de ato que chega a um dos provimentos de cognição previstos nos artigos 267 e 269.

Assim, da sentença proferida no processo cautelar, caberá o recurso de apelação, sem efeito suspensivo, contudo, por força do artigo 520, IV do CPC.

Já em relação as decisões interlocutórias, nos casos de a) decisão que concede a medida cautelar *initio litis*, sem audiência da parte contrária (artigo 804 CPC) e b) decisão incidental que determina medidas cautelares *ex officio* (artigo 797 do CPC), ou autoriza provimentos requeridos pelas partes, mas que não dependem de ação cautelar como no caso da contracautela, desafiam agravo de instrumento artigo 522 do CPC), que pode sempre reclama sua forma genuína (artigo 522, 2ª parte), haja vista que o retido (artigo 522, 1ª parte) não condiz com a urgência requerida em face ao iminente dano que a tutela visa resguardar.

Quanto ao recurso de embargos de declaração previsto no artigo 535, serve para os casos de sentença ou acórdão que contenham obscuridade, contradição ou omissão; e para sanar tais deficiências verificadas na sentença cautelar, será perfeitamente viável o manejo dos embargos declaratórios.

E por fim, ressalte-se ainda o cabimento do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (previsto no artigo 541 do CPC), bem como do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

3.14 Liminar em Processo Cautelar

3.14.1 Conceito

A medida liminar cautelar pode ser conceituada como o provimento cautelar, pelo qual deve (e não pode) o julgador, sempre que verificar a existência de elementos inerentes a urgência, verossimilhança do direito alegado e o perigo na demora, deferir o pleito requerido

pela parte autora antes da citação do seu adversário, com amparo legal nos artigos 798 e 804 do Código de Processo Civil.

3.14.2 Natureza Jurídica

O conceito de liminar apresentado pelos autores possui um ponto em comum: uma antecipação dos efeitos fáticos, que somente se obteria ao final da ação, com a prolação da sentença.

A partir disto, a natureza jurídica em torno das liminares em sede cautelar é discutida pela doutrina. Há divergências acerca de sua essência e sua finalidade, que passaremos a apontar.

A primeira corrente indica pela natureza jurídica antecipatória da liminar no processo cautelar, ressaltando que tal antecipação refere-se aos efeitos fáticos da própria sentença cautelar, ou seja, antecipa a segurança que seria conseguida somente quando do pronunciamento em sentença pelo processo cautelar (não se vinculando a discussão de mérito substancial, haja vista que nem sequer o processo cautelar a ele fará referência).

Conforme lição de ORIONE NETO (2000b, v. 1, p. 337),

[...] quando se fala em antecipação no processo cautelar, não podemos perder de vista que a liminar além de ser veiculada no feito cautelar, somente antecipa os efeitos fáticos decorrentes da prolação da sentença cautelar. O que não é possível, de modo algum, é a liminar cautelar antecipar o bem da vida veiculado no processo principal, de índole satisfativa, porque a liminar não satisfaz, ela simplesmente assegura.

A segunda corrente, por sua vez, prega a natureza de duplo acautelamento da liminar. Levando em consideração que o processo cautelar já se funda na segurança, a liminar antecipa o bem da vida veiculado no próprio processo cautelar, antecipando assim os efeitos decorrentes da sentença cautelar, tratando-se portanto, de instrumento que serve a um duplo acautelamento: proteção da própria proteção.

A terceira corrente¹¹⁶ indica pela função cautelar-satisfativa da liminar em processo cautelar, fundamentando que se a liminar antecipar a aplicação, no plano fático, da medida cautelar requerida na inicial de modo que o que se obtém com a liminar é a mesma

¹¹⁶ Corrente em que se filiam Hamilton de Moraes e Barros, e o próprio Ovídio A. Baptista da Silva, que observa igualmente que “[...] na maioria das vezes as liminares concedidas no processo cautelar têm uma natureza muito mais satisfativa do que propriamente cautelar” (apud ORIONE NETO, 2000b, v. 1, p. 337).

medida que somente seria concedida ao final, terá uma função de ao mesmo tempo proteger do risco o bem jurídico, e de satisfazer a pretensão, de forma antecipada, pleiteada no processo. Sustenta, exemplificando, no caso de uma ação cautelar de seqüestro em que a medida cautelar requerida é concedida liminarmente no início da ação. O que se obtém com a liminar e o que se requer com a medida cautelar é a mesma coisa: o seqüestro.

A nosso ver, a natureza jurídica da medida liminar é irrefutavelmente antecipatório (por ser da própria essência da liminar, antecipar os efeitos fáticos buscados em sentença), mas com intuito conservativo. Levando em consideração que o processo cautelar já se funda na segurança, a liminar tão somente busca e mantém o *status* do bem da vida veiculando-o ao próprio processo cautelar. No tocante, portanto, a liminar em processo cautelar, não há de se falar em acautelamento (visto que esta função é a do próprio processo), bem como impropriedade referi-se a qualquer espécie de satisfação.

3.14.3 Objetivo e Eficácia da Liminar Cautelar

A liminar tem o objetivo de evitar que ocorra determinada situação ou fato que ponha em perigo iminente o direito a boa prestação jurisdicional. Assim como a cautelar, a liminar nela intrínseca visa garantir o direito ao resultado útil do processo principal (numa perspectiva imediata), e frente a uma visão ampla processual, a proteção assecuratória do próprio direito ameaçado de lesão, por si só.

É no artigo 804 do CPC que se vislumbra a possibilidade de concessão de liminar para bem de garantir a efetiva proteção ao direito ameaçado, que pode vir a ser o bom e justo resultado da lide principal, sem o qual certamente, teríamos decisões inócuas e meramente emolduráveis.

Ao formular que “é lícito ao juiz conceder liminarmente a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este sendo citado poderá torná-la ineficaz”, verifica-se erroneamente a idéia que tal medida se restringe as oportunidades em que o réu pode tornar frustrada a medida, se dela tiver ciência, o que não é verdade, pois situações como a defesa através de liminar por temor a tempestividade também se enquadram dentro do preceito legal.

Com efeito, o que interessa para que seja deferido o pleito *in limine* é a presença dos elementos de mérito *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Há de se atentar, ainda, para verificação do *periculum in verso*, que nada mais é que a verificação da possibilidade de

deferimento da liminar causar mais danos à parte requerida do que visa evitar à requerente (sendo encarado como fator impeditivo da concessão).

A eficácia da medida cautelar possui íntima ligação com o resultado liminar pleiteado, visto que enquanto a liminar é responsável pela conservação do bem, a sentença cautelar garantirá a segurança definitiva do objeto. Todavia, isto não quer dizer que sendo deferida ou não a medida deva o processo ser extinto, pelo contrário, qualquer manifestação a respeito não prejudica o prosseguimento da ação, nem tampouco a prejudica, visto que a liminar nada altera em relação ao direito à segurança, porque somente mantém a situação, em nada acrescentando-lhe ou diminuindo.

O deferimento liminar da medida cautelar não retira o caráter contraditório da ação. Cumprida a diligência *inaudita altera parte*, seguirá, incontente, a citação do réu, prosseguindo o regular curso da ação cautelar, até culminar numa sentença que poderá confirmar a medida liminarmente deferida ou revogá-la, caso reste demonstrado seu descabimento.

Para a concessão *initio litis* fica o juiz adstrito a sua plena convicção, no entanto, como já se salientou acima, o ato de deferimento é vinculado a existência de pressupostos. É claro que isto se dá no campo da subjetividade, contudo deve decidir balizado pela ponderação e razoabilidade.

3.14.4 Pressupostos para Concessão

A liminar cautelar toma contornos e feições determinadas exatamente pela natureza de tutela cautelar que já é, ela própria, preventiva. A liminar é conseqüentemente, a antecipação da conservação, dentro da prevenção cautelar, e só se justifica quando estiverem demonstrados, além da existência do perigo iminente e atual de dano e ou lesão, e aparência de um direito a ser protegido, a própria vinculação de que a citação do requerido implicará provável possibilidade de que tome providências para inutilizar o provimento de mérito, ou ainda, o risco da tempestividade para o objeto a ser tutelado.

Há de se ressaltar ainda que deve estar demonstrado para o deferimento da liminar, que a demora, que pode ocasionar danos, está vinculada diretamente ao processo cautelar. Assim, a urgência que deve existir é ainda maior que para concessão da medida cautelar.

Neste sentido, Pontes de MIRANDA (apud SILVA, O.A.B., 1985, p 72-73) afirma que a medida cautelar se pedida *inaudita altera parte*, deve ser concedida no bojo da petição

concebida nos termos do artigo 801 do CPC. Sendo ela um adiantamento da pretensão jurisdicional da cautela. A liminar somente pode ser concedida se a urgência é tal que seria ineficaz a sentença assegurativa cautelar.

E não obstante, ainda devem estar devidamente apresentados os pressupostos do *periculum in mora* e *fumus boni juris*, nos mesmos termos e profundidade exigidos para a ação cautelar. E ainda ressaltado o caráter impeditivo do *periculum in verso*, que se consubstancia como sendo a possibilidade do requerido sofrer maiores danos com a concessão liminar, que os próprios danos a serem suportados pelo requerente frente ao indeferimento.

3.14.5 Previsão Legal sobre Cabimento da Liminar

As medidas cautelares, como exposto, caracterizam-se pela urgência com que devem ser concedidas, pois delas dependem o resultado útil e profícuo de proteção do objeto sob risco de dano; e para que a cautela seja concedida e executada com rapidez, há necessidade imperiosa da concessão de liminar, haja vista que a cautela somente será concedida, se for o caso, após uma instrução que, mesmo sendo sumária, demanda gasto de um certo tempo. Justificando-se assim a liminar como uma medida ainda mais urgente.

Essa possibilidade de concessão liminar está prevista no artigo 804 do CPC, onde em sua primeira parte reza “É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, pode torná-la ineficaz..” Praticamente em todas as ações cautelares pode o magistrado deferir liminarmente a medida, independente de audiência do réu.

Assim, o entendimento de THEODORO JUNIOR (2006, p. 34) é restrito ao rogar que “[...] a faculdade conferida ao juiz no artigo 804 só deve ser exercida quando a inegável urgência da medida e as circunstâncias de fato evidenciarem que a citação do réu poderá tornar ineficaz a providência preventiva.”, visto que não se coaduna com a interpretação literal, mas sim com aquilo que amplia seu âmbito de atuação, sendo que, basta que o ato de citá-lo importe numa demora que acabe por causar prejuízos que ponham em risco a efetivação da medida liminar, já há substrato para concessão da liminar.

Portanto, a liminar *inaudita altera parte* pode ser outorgada sempre que houver uma urgência agônica na concessão da medida cautelar em virtude da situação de perigo que poderá comprometer sua eficácia. .

Além da previsão legal do artigo 804 do CPC, podemos também encontrar a possibilidade de concessão liminar no artigo 798 do CPC, que dispõe que o juiz poderá determinar, segundo Ovídio da SILVA (1985, p. 203-207) “[...] a medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.” Seguramente inclui entre as medidas provisórias as liminares, que se funda como “a proteção de urgência”.

Ainda concernente à previsão legal, merece destaque o rogado no artigo 797 do CPC que “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem audiência das partes”. Sendo pois medida determinada pelo juiz, decretada de ofício, visando a proteção do processo (em consonância com o artigo 25 CPC que prega a necessidade de repressão ou prevenção a ato contrário a dignidade da justiça). Porém não é indiscriminado tal poder de ofício, visto que frente ao artigo 2º do CPC, o juiz poderá agir apenas após a invocação do processo (princípio da inércia judicial).

A liminar, de maneira geral, que pode ser concedida nos mais variados tipos de ação, como por exemplo na antecipação da tutela, no mandado de segurança individual e coletivo, nas ações possessórias, na ação popular, na ação civil pública, nos embargos de terceiro..., embora seja um instituto processual autônomo, com seus contornos próprios e específicos, freqüentemente é confundida com medida cautelar.

Essa concepção equivocada tem origem em dois fatores, segundo LARA (1994, p. 22): o primeiro diz respeito ao fato de que a liminar, em determinadas situações, assume uma função cautelar; o segundo se refere à coincidência de grande parte das características das liminares com aquelas relativas as medidas cautelares.

Quando a liminar tem uma função cautelar, é possível visualizar um fim semelhante: evitar uma lesão grave e de difícil reparação do direito da parte de modo a permitir a prestação da tutela jurisdicional de forma efetiva; tendo pois a medida liminar, aqui, os mesmos pressupostos que os exigidos nas ações cautelares. Existem, porém, liminares que nada têm a ver com a existência do *periculum in mora*, como é o caso das possessórias (art. 927 CPC) e o da antecipação da tutela, com fundamento no artigo 273, II do CPC. Visualiza-se assim, que nem toda e qualquer liminar é uma modalidade de tutela preventiva, entendendo que este tipo de tutela só está presente quando a antecipação ocorre em função de risco ou perigo existente.

Verifica-se assim que as liminares são facilmente detectadas pois, configuram sempre uma antecipação satisfativa dos efeitos da futura sentença, que pode ser total ou parcial. As medidas cautelares, malgrado configurem também uma antecipação, jamais

possuem natureza satisfativa¹¹⁷, mas apenas o caráter inibitório, inovativo, conservativo ou assecuratório, isto é, tem o escopo de resguardar o direito ameaçado visando segurança e garantia procedimental.

O que nos importa no presente estudo são as características das liminares concedidas no bojo do processo cautelar, que trazem inerentes as suas fórmulas os traços e requisitos abaixo elencados.

3.14.6 Características

3.14.6.1 Urgência

Requisito necessário e indispensável à concessão da liminar, pois apenas frente à urgência é que o sistema permite que o juiz não aguarde o momento natural para concessão de providência antecipatória.

Como bem pregava CHIOVENDA (1969, v.6, p 159) “[...] que a vida do direito se mantém imodificada durante o processo, sendo que a necessidade de servir-se do processo para obter a razão não deve reverter em dano a quem tem razão. Afinal o descompasso entre a incidência e a aplicação da lei é ainda o drama do processo.”

Daí se justifica o anáfora popular de ser melhor prevenir do que remediar.

A urgência desempenha papel relevante em matéria cautelar. Assim, por exemplo, faz competente juiz que não é o da causa, sem excluir, contudo, a competência do juiz natural. Faz competente o juiz da causa, mesmo suspenso o processo. Faz competente o juiz da causa mesmo cessado seu ofício com a decisão de mérito. Faz competente o relator, mesmo já conhecido a Câmara ou Turma competente para o recurso. Sendo essas competências deferidas em face à urgência, são competências para prover transitoriamente, substituindo sempre a competência que poderíamos chamar de predominante.

E por fim, deverá esta urgência da liminar estar conectada a existência de um perigo de dano ao processo cautelar (inteligência do artigo 798 CPC).

¹¹⁷ Em sentido contrário Ovídio da SILVA (1985, p. 35), defende que a tutela cautelar direta ou imediata corresponde à pretensão à segurança, e atingido este objetivo à pretensão tem sim certo caráter satisfativo. Visto que se devemos aceitar a autonomia cautelar, referindo-a não ao direito acautelado, mas a uma situação objetiva de perigo, cremos que não nos será lícito dizer que a ação assecurativa protege sem satisfazer.

3.14.6.2 *Summaria Cognitio*

De acordo com o mestre Kazuo WATANABE (1995, p. 41):

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consiste em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes; vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento da *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.

As liminares têm como características uma cognição plena quanto à extensão (tendo o magistrado total ciência fática do conflito de interesses posto em juízo) e sumária quanto à profundidade do conhecimento do juiz (aqui se exige prova de situações de aparência, de verossimilhança, ou seja, juízo de probabilidade; não permitindo, em razão de uma determinada situação, a cognição aprofundada do objeto litigioso (uma cognição sacrificada em favor da presteza, onde a prova é de mera plausibilidade).

3.14.6.3 *Provisoriedade*

A liminar apresenta natureza provisória porque ela dura um determinado tempo, até que seja substituída pela sentença cautelar, ou ainda, seja revogada ou modificada a qualquer momento do processo cautelar.

Ainda que materialmente a providência liminar cautelar concedida possa coincidir com a pretendida pelo autor, esta coincidência se restringe ao aspecto concreto, pois a liminar será sempre provisória, uma vez que, seu objeto antecipatório e assegurativo, concedido frente a uma urgentíssima situação, passará pelo crivo instrutório do procedimento cautelar, que embora também guarde a cognição sumária, traz procedimentos mais sólidos a fim de buscar uma sentença plausível e adequada, com pleno atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

3.14.6.4 Revogabilidade

Revogar é retirar a voz. É a cessão de sua eficácia por decisão judicial.

A possibilidade de revogação da liminar no curso do processo cautelar está versada no artigo 807 do CPC que permite que esta seja revogada ou modificada a qualquer tempo. O que legitima assim a revogação é o desaparecimento da situação de perigo, não havendo motivo assim, para a sua manutenção.

Deste forma, a liminar poderá ser revogada frente requerimento das partes (nenhum poder tem o juiz de revogar *ex officio*, sendo que a única exceção diz respeito aos processos que versam sobre direito indisponível) a qualquer momento, bastando que para isto ocorra modificação fática acerca da situação de perigo. Assim, como poderá ser novamente concedida ou ainda substituída (com manutenção ou revogação de seus efeitos) pela sentença cautelar.

3.14.7 Aspectos Práticos da Liminar

3.14.7.1 O Problema da Sustação do Processo Cautelar após Decisão Acerca da Liminar

É verificado com frequência na praxe processual, que muitos juizes após concederem a liminar, simplesmente extinguem o processo cautelar, julgando somente a ação principal. Em outros casos, o procedimento da ação cautelar é susgado e quando do ajuizamento da ação principal ou o juiz ordena que haja instrução conjunta, com o apensamento dos autos, ou aguarda a instrução da ação principal para então numa única sentença decidir as duas ações.

Ocorre que a ação cautelar é autônoma no seu procedimento e quanto ao seu objetivo, diferindo completamente das outras ações em que também está prevista a liminar. Na ação cautelar, a extinção ou suspensão do processo em virtude de decisão acerca da liminar ou a decisão conjunta acabam gerando graves problemas pois conforme vimos até então, possuem natureza diversa.

Em primeiro lugar, o processo cautelar não se extingue com a concessão ou indeferimento da liminar. Esta decorre simplesmente de um pedido feito com a inicial para se manter o estado fático, para futuro garantir da efetividade da medida cautelar. Após o juiz decidir acerca desse pedido, o requerido deve contestar a ação no prazo previsto no artigo 802 do CPC. O juiz, então, se for o caso, designará a audiência de instrução e julgamento e posteriormente deverá proferir a sentença cautelar.

Esta sentença então ratificará, revogará ou definirá a medida cautelar porventura requerida e conceda (ou denegada) previamente. A sentença cautelar é imprescindível, não podendo o juiz simplesmente extinguir o processo cautelar sem a sua prolação.

Em segundo lugar, no caso do juiz conceder ou indeferir a liminar e depois suspender o processo cautelar para que este tenha processamento conjunto com o principal, há afronta, para além do princípio da autonomia, da própria característica de cognição e processamento sumário da tutela cautelar, desvirtuando-o.

3.14.7.2 *Liminar ex officio*

A medida liminar analisada pelo juiz *initio litis*, pressupõe de dois requisitos, conforme já apontados, quais sejam, o *fumus boni juis* e o *periculum in mora*. Preenchidos estes dois requisitos, em decisão fundamentada, deverá conceder a liminar.

Segundo FERRAZ JUNIOR (1999, v. 1, p. 147), “[...] nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer nos casos e forma legais.” Assim, conforme pondera ORIONE NETO (2000b, v. 1, p. 425), “[...] a liminar, como é curial, integra-se na petição, onde deve ser formulada e justificada para que o juiz a aprecie. Destarte, a nosso ver, a liminar na ação cautelar depende do pedido.”

LARA (1994, p. 123), contudo, argumenta pela possibilidade de sua concessão *ex officio*, tecendo o seguinte ensinamento:

[...] a tutela cautelar, conforme diversas vezes ressaltamos, tem uma função especial, diferente das demais tutelas, isto é, visa garantir a prestação jurisdicional definitiva. Igual função possui a liminar em relação à prestação jurisdicional cautelar. Se não foi pedida a liminar mas sem ela o juiz verificar que a cautela pode ser ineficaz, deve concedê-la de ofício.

Tal entendimento só pode ser válido em consonância com o artigo 797 do CPC, que prega que “somente em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.” Em que pese o artigo 804 do CPC não seja expreso a respeito do assunto – nem qualquer referência é feita no artigo 801 – nada autoriza a supor que a liminar possa ser concedida de ofício.

Por fim, sintetizando o pensamento e contra argumento a idéia apresentada por Betina Rizzato Lara apud ORIONE NETO (2000b, v. 1, p. 426) indica que “[...] todavia, ela não se aplica ao artigo 804 do CPC, que cuida da concessão liminar *inaudita altera parte*. Nesses casos não é possível a concessão liminar *ex officio*, face a necessidade de pedido da parte, a romper com a inércia da jurisdição (arts. 2º e 262 do CPC).”

3.14.7.3 Liminar Concedida Por Juízo Incompetente

Com relação à concessão de liminar concedida por juízo incompetente, a posição da majoritária doutrina, que coaduna com os ensinamentos de Pontes de Miranda, é de que tal decisão deva prevalecer até que o juízo competente se pronuncie a respeito, de conformidade com o vetusto princípio quando este *periculum in mora* incompetência *non attenditur*.

Este princípio é melhor explicado na lição de MARQUES (1997, v. 4, p. 436):

[...] urgente se apresentando a medida, a propositura da ação cautelar no território ou foro em que mais rápida e eficiente se possa atender à necessidade da providência requerida, não irá afetar a concessão desta, ainda mesmo que incompetente o juízo requerido, porquanto se trata de competência territorial, que é relativa. Se o juiz a decreto sem antes ouvir o réu (artigo 804), o pronunciamento deste, ao depois, levantando a exceção de incompetência, em nada prejudicará a medida deferida. Além disso, concedida que foi a providência cautelar, cumpre ao autor, até trinta dias, ingressar com a ação principal (artigo 806) pelo que a suspensão do processo (artigo 306) será irrelevante.

Conquanto, saliente-se que tal entendimento somente nos casos de incompetência relativa, haja vista, que nas situações de incompetência absoluta, a decisão é nula, devendo ser de ofício apontada, caso não seja pela parte interessada.

Em relação a incompetência relativa, não cabe ao juiz pronunciar-se de ofício; a parte contrária é quem deve argui-la. Se o réu não opuser a *exceptio declinatoria fori*, a

competência do juízo fica prorrogada, não só para os atos subseqüentes do processo cautelar, senão que para a própria propositura da ação principal.

3.14.7.4 Liminar e Caução: Possibilidade de Substituição de Liminar Cautelar por Caução

Neste tópico analisaremos a caução enquanto contracautela prestada pelo autor como segurança do juízo, estando prevista no artigo 804 do CPC que reza: É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz, caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

O que se visa é a garantia de ressarcimento dos prejuízos que o réu possa vir a sofrer com a efetivação da tutela jurisdicional cautelar deferida de forma provisória (medida liminar) e antecipadamente em relação à tutela definitiva, ou por vezes, em relação a seus próprios efeitos.

Como se vê, tal instituto da contracautela desempenha papel relevante no restabelecimento do equilíbrio das partes no processo, causado pela concessão da liminar, a fim de respeitar integralmente o instituto do princípio da igualdade entre as partes (em face de desigualdade inicial). Portanto, a caução só poderá ser exigida se houver a possibilidade de ocorrência de dano injusto ao requerido. O dano injusto ocorre quando o juiz, ao proceder à investigação dos pressupostos da tutela cautelar, fica em dúvida no tocante à necessidade de concessão a liminar.

Assim, na lição de Ovídio da SILVA (1985, p. 204): É princípio consagrado em teoria do processo cautelar que o magistrado em dúvida sobre a conveniência de decretar a medida cautelar, mesmo sobre forma de liminar e especialmente neste caso, deverá concedê-la, impondo ao requerente o dever de prestar previamente caução.

Fundamentando assim o preceito de antes decidir superficial, porém, rapidamente (visto que há plena possibilidade de retratação através da revogação) que tardiamente; sacrificando o bem jurídico que pela demora fora danificado em sua essência.

Todavia, o juiz deve ser prudente no uso desse instituto, pois a contracautela não libera o juiz de proteger a cognição a respeito da existência do *fumus boni iuris* e *periculum in*

mora. Com efeito, é um equívoco pensar que a prestação de caução, por si só, alforria o juiz de verificar a implementação dos pressupostos e elementos de mérito.

Há de se atentar ainda, como pondera Ronaldo Cunha CAMPOS (1974, p. 186)

[...] enfocar a contra cautela como instrumento de acesso ao uso da tutela jurisdicional cautelar desnatura o processo cautelar, vez que condiciona o atendimento do pedido antes à garantia do ressarcimento de dano eventual sofrido pela parte, que ao interesse do Poder Judiciário em garantir a exequibilidade e eficiência do processo a que têm direito as partes.

Note ainda que, assim como o juiz não tem poder discricionário para conceder ou não a liminar se presentes os seus pressupostos, também se o juiz verificar que há o risco de ocorrerem danos injustos para o requerido, ele deverá exigir do requerente a prestação da caução. Não há discricionariedade como a expressão “pode determinar” do artigo 804 CPC deixa a entender, e sim é um fator vinculado.

A caução aqui prevista pode ser real ou fidejussória¹¹⁸, sendo que obrigatoriamente deve ser idônea, qualitativa e quantitativamente, a fim de que possa efetivamente, valer para a garantia a qual se presta. No que tange ao valor da contracautela ela deve corresponder, o quanto possível, a uma expressão econômica ou patrimonial equivalente ao eventual prejuízo que se pretende acobertar; a este respeito Ovídio Baptista SILVA (1985, p. 208) observa que: não se pode confundir garantia por perda e danos com garantia de pagamento do título. A caução do artigo 804 não assegura o cumprimento da obrigação principal e sim a pretensão de haver perdas e danos decorrentes da execução da medida e por esta pretensão haverá de balizar-se.

E não obstante ao que vimos, poderá ainda ser substituída a medida cautelar liminar por caução, sendo pois um instituto distinto ao versado no artigo 804 CPC (segurança do juízo), tratando-se neste caso da caução referida no artigo 805 que prega “a medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, por caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.” Não se trata aqui de direito subjetivo do réu, mas sim obediência do julgador ao padrão de legalidade, isto é, se a caução ofertada atender aos reclames legais de adequação e suficiência da medida, o juiz está vinculado ao deferimento da caução, cientificando o requerente. Ou ainda, de ofício determinar tal feito, agindo assim

¹¹⁸ Note que não há nenhuma previsão da obrigatoriedade da prestação em dinheiro, como alguns juizes, na prática vêm exigindo. Flagrante ilegalidade pois, o condicionamento da caução ser prestada em dinheiro.

como administrador do processo, com amparo legal versado no artigo 797 do CPC (poder de ação “*ex officio*”).

3.14.7.5 Revogação e Modificação da Liminar Cautelar

Previsto no artigo 807 do CPC, no que se refere à expressão “a qualquer tempo”, significa que poderá ser revogada¹¹⁹ ou modificada¹²⁰ não só através de sentença cautelar como no *inter* da ação cautelar, via prolação de decisão interlocutória, independente de interposição do recurso de agravo de instrumento.

É possível, assim, identificar cinco momentos em que a liminar concedida pode ser cassada e se, negada, pode ser concedida, sendo eles: a) quando o requerido apresenta contestação em juízo; b) em face ao surgimento de um fato novo; c) em decorrência da alteração da convicção judicial, em face do mesmo material probatório; d) no juízo de retratação em virtude da interposição do recurso de agravo de instrumento pela parte prejudicada; e) em decorrência da prolação de sentença de improcedência do pedido cautelar ou de sentença de extinção do processo, sem julgamento do mérito.

Via de regra, a liminar tem sua duração certa: ela subsiste até a prolação da sentença; proferida a sentença, diversas hipóteses podem ocorrer: a) a sua revogação em virtude de prolação da sentença de improcedência do pedido; b) a sua revogação em face à sentença de extinção do processo sem julgamento de mérito; c) a sua substituição pela sentença de procedência do pedido; d) a sua manutenção em virtude do juiz ter expressamente ressalvado a subsistência da liminar até a sentença passar em julgado, não obstante ela seja de improcedência do pedido.

É irrelevante, outrossim, o fato de o juiz na sentença cautelar não cassar expressamente a liminar, haja vista que após promulgação sentencial, corolário a insubsistência da liminar.

Por fim, a revogação deve ser requerida pela parte, porém não há obrigatoriedade da ciência da parte contrária, pois como o juiz é dado conceder a liminar *inaudita altera parte* em prol do autor, também é lícito ao juiz revogar a liminar em benefício do réu, sem ouvir a parte contrária. Incide aqui o adágio “*Ubi eadem ratio, idem jus*”.

¹¹⁹ Revogação significa cessão de sua eficácia por decisão judicial.

¹²⁰ Modificação é a substituição de uma medida por outra, ou a conversão em outra.

3.14.7.6 Fundamentação Legal da Decisão sobre Liminar

Estabelece o artigo 93 inciso IX, da Constituição Federal que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões sob pena de nulidade”. Consagrando assim o princípio da motivação das decisões judiciais.

Há duas razões básicas para que se exija a obrigatoriedade da motivação: a) a de cunho técnico jurídico, para que as partes possam recorrer adequadamente, atacando os fundamentos da decisão; e b) a de cunho político constitucional, que está ligado à idéia de garantia aos cidadãos, razão pela qual todos os poderes sujeitam-se à lei. A fundamentação das decisões permite, outrossim, verificar a exatidão da legalidade da decisão.

Para ORIONE NETO (2000a, p. 94), malgrada a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais, o que se tem percebido em alguns casos é a falta de fundamentação das decisões concessivas ou denegatórias de liminar em cautelares. Que se limitam as locuções “presentes os pressupostos legais concedo a liminar” ou ainda “ausentes os pressupostos legais denego a liminar”.

Tal prática, como já expresse, não analisa as questões postas em julgamento, sendo flagrantemente ilegais, e portanto, nulas.

Maior relevância de tal fundamentação se encontra quando da concessão da liminar cautelar *inaudita altera parte*, como bem anotado pelo iminente Desembargador Licínio Carpinelli Stefani: “A liminar concedida *inaudita altera pars* constitui exceção que somente condições especialíssimas podem autorizar e ela exige que a par da existência da especialíssima e robusta prova inaugural, que o magistrado ao deferi-la, justifique as razões de seu cabimento.”¹²¹

A denegação também merece especial atenção, visto que por se tratar de uma emergente situação de perigo, a não concessão pode trazer danos irreparáveis ao direito do demandante, sendo que para evitar repercussão indenizatória, a fundamentação deve ser ainda melhor tratada pelo magistrado competente, a fim de que fique plenamente demonstrado a ausência de um dos fundamentos ou ainda a deficiência técnica do pedido.

¹²¹ TJMT. Câmaras Cíveis Reunidas j em 16.11.1990, Rel Dês Licínio Carrpinelli Stefani in Diário da Justiça do Mato Grosso 3609 de 26/11/90 p. 2.

3.14.7.7 Responsabilidade Objetiva do Autor da Ação

A responsabilidade civil do promovente da medida provisória de urgência, decorre, pois, de disposição legal que prescinde da culpa e se contenta com o risco criado pela parte que se beneficia com a tutela preventiva, neste caso a liminar cautelar.

Fundamenta-se a responsabilidade objetiva do exequente de medida provisória cautelar na necessidade de distribuição justa dos danos decorrentes da atividade judicial, que embora legítima e necessária, pode acarretar prejuízos injustos aos que a ela se submetem.

Destaca ainda Galeno LACERDA (1998, v. 6, p. 311) que o CPC brasileiro, adotou também a responsabilidade objetiva para a execução provisória de sentença, derivada do art 588, já que se trata de medida de igual natureza. Explica o respeitado professor que: “[...] vincula-se à idéia objetiva de ônus ou de risco processual, comum não apenas às ações cautelares, como à execução provisória da sentença. Nesse sentido, a responsabilidade decorrente do art 811 é da mesma natureza da derivada do artigo 588, I.”

Isto é, vínculo objetivo de responsabilidade.

Há de se atentar ainda que só haverá responsabilidade do requerente nos casos de concessão da medida liminar. Com efeito, se a liminar foi indeferida pelo magistrado, não há responsabilidade alguma para o requerente. É como se ele não tivesse formulado pedido de liminar.

A responsabilidade do requerente ocorre quando ele se enquadrar na figura do *improbis litigator*, ou seja, pleitear a liminar de má fé, conforme dispõem os artigos 16 a 18 do CPC.

Excluindo-se os casos de comprovada litigância de má-fé, é preciso verificar os requisitos da responsabilidade objetiva, capituladas no artigo 811, incisos I usque IV, a saber: I) se a sentença, no processo principal, lhe for desfavorável; II) se após a concessão da medida liminar, não for promovida a citação em cinco dias; III) se ocorrer à cessão da eficácia da medida nas hipóteses do artigo 808; ou IV) quando for acolhida a alegação de prescrição ou decadência no feito cautelar.

Nestes casos o dever de indenizar exsurge sempre, pouco importando se o autor agiu com culpa, dolo ou fraude.

Explica ORIONE NETO (2000b, v. 1, p. 380), que o que se objetiva nas hipóteses no artigo 811 CPC, já não é tanto a reparação das perdas representadas pelas despesas com o processo, mas o que, fora do processo, determinou de patrimonialmente detrimetoso para o requerido o comportamento de seu adversário.

É de se ressaltar que a existência de perdas e danos não é consequência necessária de qualquer das situações indicadas pelos incisos do artigo 811. Perdas e danos são coisas concretas, materializáveis, demonstráveis e comprováveis que à parte cabe provar cumpridamente se verificaram. Sendo que, a configuração de uma das hipóteses elencadas no artigo 811 CPC, poderá dar azo à indenização dos danos tanto materiais (como já expresso) como morais.

Afora das hipóteses arroladas neste artigo, não existe, em nosso ordenamento, nenhuma outra previsão legal de responsabilidade objetiva para quem postulou uma medida liminar. Nestes casos, só haverá responsabilidade do requerente da liminar a pagar os prejuízos, se ficar demonstrado que agiu com dolo, culpa ou fraude. Efetivamente, sem a comprovação de um desses elementos, não há como responsabilizar a parte tão só porque requereu a liminar e esta foi deferida.

Atenta-se ainda que, a aferição indenizatória, nos termos legais, processar-se-á nos próprios autos da ação cautelar.

CAPÍTULO 4 TUTELA ANTECIPATÓRIA

4.1 Histórico

Estabelecido nas alterações introduzidas no Código de Processo Civil na reforma processual, o instituto da tutela antecipada foi levado a efeito pela Lei 8952, de 13 de dezembro de 1994, constitui-se entre as de maior importância e que mais reflexos gerou. Introduziu o adiantamento dos efeitos do julgamento de mérito, uma vez demonstrada a prova inequívoca, e o juiz se convença da verossimilhança da alegação; devendo ainda ser demonstrado o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Alude a possibilidade do julgador de, em algumas hipóteses excepcionais, antecipar a tutela almejada pelo autor. Trata-se, pois, de uma técnica de sumarização que antecipa provisoriamente, total ou parcialmente, a própria tutela requerida pela parte.

Suas origens remontam aos *interdicta* do direito romano clássico, quando tais medidas provisórias eram outorgadas com embasamento no pressuposto de serem verdadeiras as afirmações de quem as alegava e constituía-se em perigo de dano a demora na entrega do bem da vida.

Desta forma, no direito romano segundo CARMIGNANI (2001, p. 56)

[...] foi esse imperativo social, representado pela *aequitas* do período clássico romano, que levou o pretor a criar e adotar uma técnica diferenciada de antecipação da própria tutela pretendida pelo requerente inserida no procedimento interdital do processo formulário, para dirimir os efeitos maléficis do tempo decorrente dos trâmites da *actio ordinária*.

Era uma tutela diferenciada, concedida pelo pretor de imediato, entregando ao autor do próprio bem da vida pretendido, mediante prévia cognição, sumária ou superficial, fundada em juízo de verossimilhança, em situações que reclamassem urgência, solucionando provisoriamente o litígio, já que a questão seria reexaminada pelo *iudex*, agora mediante cognição plena e exauriente, cuja decisão seria definitiva.

E continua, citando as Institutas de Gaio no livro quarto (CARMIGNANI, 2001, p. 67) “Chamamos, interditos, quando proíbe se faça alguma coisa, por exemplo, quando ordena não se faça violência a que possui sem vício, ou não se faça alguma coisa em lugar sagrado. Donde o chamar-se todos os interditos restituitórios, exhibitórios ou proibitórios.”

4.1.1 No Brasil

Antes à vigência dessa lei, em casos específicos, havia a possibilidade da antecipação de algumas providências, como nos casos de venda antecipada de bens penhorados, caso os mesmos estivessem sujeitos a deterioração, ou se tal venda representasse manifesta vantagem, artigo 670 do CPC; o pedido liminar de reintegração de posse, artigo 928 CPC; a nunciação de obra nova, o mandado de segurança, entre tantas outras.

De explanação de Maércio Falcão DUARTE (1999, p. 2), tem-se os seguintes precedentes históricos brasileiros: em 1850 há a primeira sistematização das ações cautelares com regulamento n. 737, de 21.11.1850, que disciplinou o processo comercial e tratou, em seu livro VII, dos processos preparatórios, preventivos e incidentes. Em 1869 o Barão de Ramalho, em sua obra *Praxe Brasileira*, tratando depósito de animal como preliminar da ação redibitória da consignação ou depósito do preço como preliminar da ação de retrovenda, do seqüestro e do arresto ou embargo. Em 1876, o Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, elabora a Consolidação das Leis do Processo Civil, distinguindo nos artigos 883 e seguintes, as ações preparatórias ou incidentes. Em 1880, através do decreto n 763 de 19.09.1880 o regulamento n. 737 passa a reger também o processo civil. Em 1939, com a unificação do processo no âmbito nacional, o Código de processo civil passa a disciplinar as medidas preparatórias, preventivas e incidentes. E finalmente em 1973, o atual Código de Processo civil entra em vigor, estabelecendo os procedimentos cautelares típicos e atípicos, além das medidas liminares facultadas na propositura de ações.

NERY JUNIOR (1996, p. 65) chama a atenção para similaridade estrutural da tutela antecipada com os interditos possessórios: pois os interditos adiantam os efeitos executivos do provimento jurisdicional de mérito, elucidando que além das possessórias existem no direito brasileiro outros instrumentos destinados a antecipar os efeitos da tutela de mérito, como a liminar nos *writs* constitucionais; em ação civil pública; na ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente; na busca e apreensão de menor em poder de terceiro; quando desnecessária a propositura da ação principal; nos embargos de terceiro...

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 84, institui uma forma muito semelhante ao atual artigo 461 do Código de Processo Civil.

Willian Santos FERREIRA (2000, p. 109) esclarece que há ainda as liminares previstas na lei 8245/91, Lei do Inquilinato, nas hipóteses do artigo 59 §1º, que prevê a desocupação do imóvel, e do artigo 68, II que trata da revisional de aluguel. Ressalta, entretanto, que apesar de tais providências se assemelharem à tutela antecipada, são de natureza diversas.

Além destes institutos mencionados, há ainda o que se denominou de “cautelar satisfativa”, onde se antecipava, em uma tutela de natureza cautelar, o próprio bem da vida pretendido pela parte requerente; e conforme já analisado tratava-se de uma impropriedade da práxis e da jurisprudência brasileira, que atendendo os anseios sociais passaram a adaptar a fórmula da cautelaridade, em nome da urgência exigida por determinados provimentos.

Assim, a tutela antecipada não se trata de uma inovação em nosso ordenamento jurídico, já que outros semelhantes cuidavam da antecipação de efeitos que teoricamente só ocorreria após o julgamento definitivo do mérito, mas surgiu para abranger situações que não estão elencadas em legislação específica e que muitas vezes a jurisprudência tinha que harmonizar, tendo em vista a provável perda do bem da vida e a ineficácia do provimento deferido apenas após o transcorrer do processo.

Em 1985, uma comissão formada pelos professores Drs Luiz Antônio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho Jr, e Sérgio Bemudes, apresentou o anteprojeto de modificações do Código de Processo Civil.

NERY JUNIOR (1996, p. 64) comentando o projeto indica que “[...] colocou-se a tutela antecipatória junto com a tutela cautelar, tratando duas realidades distintas como se fossem as mesmas”.

A Comissão da Escola Nacional da Magistratura, em 1991, reformulou os antigos projetos, colocando a tutela antecipada no livro do processo de conhecimento.

Em 1994, pela Lei 8952/94 inseriu-se no ordenamento jurídico nacional a tutela antecipada, dando nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil. No mesmo ano, a regra do artigo 84 §3º do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 213 do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevendo a antecipação da tutela específica nas obrigações de fazer e não fazer, estendeu-se a todo processo civil, através do artigo 461 do CPC.

Sobre a reforma, com a modificação do artigo 273 do CPC, comenta ZAVASKCKI (1999, p. 45) que:

[...] o que se operou, inquestionavelmente, foi a purificação do processo cautelar, que assim, readquiriu sua finalidade clássica, a de instrumento para obtenção de medidas adequadas, a tutelar o direito, sem satisfazê-lo. Todas as demais medidas assecurativas que constituam satisfação antecipada de efeitos da tutela de mérito, já não a receberão em ação acautelar [...] devendo ser reclamadas na própria ação de conhecimento [...] Postula-las em ação cautelar, na qual os requisitos para a concessão da tutela são menos rigorosos, significará fraudar o artigo 273 do CPC, que para satisfazer antecipadamente supõe cognição em nível mais aprofundado, pois exige verossimilhança construída sobre prova inequívoca.

4.2 Tutela Definitiva e Tutela Provisória

Para uma melhor visualização do instituto antecipatório, passemos a uma análise comparativa entre este e a tutela considerada definitiva. Neste sentido, ZAVASCKI (1999, p. 38) é quem faz de maneira sistemática a diferenciação entre as duas tutelas:

[...] assim, considerada a natureza e o conteúdo dos respectivos provimentos, podemos classificar a tutela jurisdicional em: a) tutela definitiva; e b) tutela provisória. A primeira que privilegia o valor “segurança” tem as seguintes características básicas: 1) é formada em procedimentos nos quais se propicia a cognição exauriente da lide, ou seja, oferecem-se às partes meios adequados de contraditório e de defesa de suas posições jurídicas; e 2) é marcada pela imutabilidade decorrente da coisa julgada. Já a segunda, privilegia o valor “efetividade” caracterizando-se pela 1) por estar necessariamente referenciada a um pedido de tutela definitiva, à falta do qual não tem ou perde sua razão de ser; 2) por ter como pressuposto uma situação de urgência estendida em sentido amplo, compreendendo-se como tal a situação fática que, de alguma forma, compromete a regular prestação da tutela definitiva; 3) por ser formada à base de cognição sumária, assim considerada a cognição exauriente própria da tutela definitiva a que se acha referenciada; 4) por ter eficácia limitada no tempo, não perdurando no prazo maior que o do atendimento de sua finalidade ou o da duração do processo no qual é buscada a tutela definitiva correspondente; 5) por ser precária, não submetida a imutabilidade da coisa julgada, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo, desde que haja mudança no estado de fato (que acarrete desaparecimento, o surgimento ou a modificação da situação de urgência que lhe serve de pressuposto) ou o estado da prova (que acarreta mudança de juízo sobre os fatos e o direito afirmado).

A tutela definitiva é a prestação que o Estado irá oferecer as partes que a busca, dentro da observância do devido processo legal, a ser alcançada através do processo de conhecimento, com o transcurso das suas fases postulatória, instrutória, durante as quais, com esteio nos princípios da ampla defesa e do contraditório, as partes envolvidas travam amplo debate acerca do bem jurídico disputado, carreando ao processo os argumentos e as provas que entendem fundamentar as próprias pretensões. Através da tutela definitiva, ministrada pelo Estado após o trânsito em julgado da decisão final, estará configurada a coisa julgada.

A tutela antecipatória, em relação aos seus fundamentos, representa um compromisso entre os princípios da efetividade da jurisdição e a segurança jurídica representando, desta forma, verdadeiro instrumento de harmonização de valores colidentes. A efetividade, decorrente do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, exigindo celeridade do Estado na apreciação das demandas judiciais de modo a evitar o perecimento dos direitos do autor, e a segurança jurídica, assegurada através do devido

processo legal, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa, que não são recusar e sim transferidos para um momento posterior, mas mantidos, tratando-se apenas de uma preponderância da proteção do valor que se encontra em maior perigo de extinção.

Consiste na distribuição do ônus do peso do tempo do processo, devendo este sobrecair não apenas ao autor como antes, mas sobre a parte que pode arcar com este ônus sem que haja perecimento do direito pleiteado.

4.3 Conceito

A tutela antecipatória consiste na prestação jurisdicional, na entrega do bem da vida, feita através de uma cognição sumária, não exauriente, decisão esta de caráter provisório que permite a fruição do direito desde logo.

Segundo NERY JUNIOR e ANDRADE NERY (1999, p. 612), esta se efetiva com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos.

Para ZAVASCKI (1999, p. 47) será urgente medida para propiciar a própria satisfação do direito afirmado e tal medida, por certo, representará antecipação de um efeito típico da tutela definitiva, própria da futura sentença de procedência.

A tutela antecipada, portanto, nasce como instrumento que visa a obtenção através de técnica de cognição sumária, daquilo que a parte viria a conseguir somente no final do procedimento cognitivo exauriente; irá trazer a parte os efeitos da sentença de mérito perseguida, o que custará, por parte do magistrado, num exame aprofundado sobre a verossimilhança do pedido, a sua reversibilidade e a existência de perigo de dano ou abuso de direito de defesa. Desta feita, a tutela antecipatória nasce com espírito voltado ao pedido principal, já que o antecipa, e além disso, tem natureza satisfativa (mas uma satisfação parcial vinculada ao provimento que ainda virá) porquanto traz de logo à parte aquilo que seria objeto da sentença final de mérito.

4.4 Natureza Jurídica

Para NERY JUNIOR e ANDRADE NERY (1999, p. 612) a tutela antecipatória tem natureza jurídica mandamental, que se efetiva mediante execução *lato sensu*. É tutela

satisfativa no plano dos fatos, já que se realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento.

Segundo Ovídio da SILVA (1998a, p. 336) a ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante da respectiva sentença de procedência que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, em vez de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É de essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça o mandado. Daí a designação de sentença mandamental. Nesse tipo de sentença, o juiz ordena, e não simplesmente condena. E nisso reside, precisamente, o elemento de eficácia que a faz diferente das sentenças próprias do processo de conhecimento.

4.4.1 Espécie do Gênero de Tutela Diferenciada

Como o processo ordinário não satisfaz e não condiz com os anseios dos jurisdicionados, os sistemas jurídicos, a partir do segundo quartel do século XX, começaram a incorporar aos seus ordenamentos as chamadas diferenciadas.¹²²

Segundo Barbosa MOREIRA (1980, p. 200), “[...] trata-se de um reflexo irreversível das tendências contemporâneas do direito processual civil de adotar o desenvolvimento do processo de tutelas alternativas, na incessante busca de um processo civil de resultados.”

No Brasil, as tutelas diferenciadas vêm ao encontro ao direito da adequada tutela jurisdicional, através da concretização do artigo 5º, inciso XXXVI, cuja finalidade é para além de apenas assegurar o acesso formal ao judiciário, mas sim o acesso à Justiça, que propicie a efetiva e tempestiva pretensão.

A tutela antecipatória deve ser encarada como uma das espécies da tutela diferenciada, por se tratar de um instrumento de agilização de prestação jurisdicional.

Conforme preconiza NERY JUNIOR (1996, p. 61) “[...] a tutela efetiva do direito por meio da ação judicial, albergada no artigo 5º, XXXV da CF, tem imbricação direta com a tutela antecipatória, pois é a forma de obter-se o provimento jurisdicional de modo mais efetivo.”

Contudo, merece ponderação a questão de que indubitavelmente as tutelas jurisdicionais diferenciadas tendem a beneficiar o pólo ativo da relação, na medida em que

¹²² Diferenciadas porque não correspondem ao modelo tradicional ordinário.

são eles concebidos precipuamente com o intuito de acelerar a prestação jurisdicional. Portanto, grande atenção em sua concessão, para manutenção da angularização de isonomia entre as partes do processo.

Assim, no tocante a tutela antecipatória, as técnicas diferenciadas se mostram de modo a atender duas situações distintas: a primeira referente ao *periculum in mora*, no qual a certeza é substituída pela probabilidade em nome de uma rápida e concreta satisfação; e na segunda, no que se refere a defesa do réu abusiva ou protelatória, onde é inibido o dano marginal decorrente da demora excessiva na prestação jurisdicional.

4.5 Tipos

A análise dos institutos da tutela antecipatória genérica, regulada pelo artigo 273 do CPC, e aquela relativa às obrigações de fazer e não fazer e, à entrega de coisa, dos artigos 461, §3º, e 461-A, §3º, do mesmo Código, demonstra que não são institutos diversos, e sim, integram a regulação legal de um mesmo fenômeno.

A principal inovação trazida pela reforma que alterou o artigo 273 foi a institucionalização de um poder geral de antecipação. Assim, ao lado das já existentes medidas antecipatórias, abaixo citadas, surgiram outros três tipos, que se diferenciam por seus requisitos ou pressupostos.

- a) A primeira é a tutela antecipatória fundada no “receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, conforme artigo 273, I ou no “justificado receio de ineficácia do provimento final, nos termos do artigo 461, §3º.
- b) A segunda é a do artigo 273, II, cabível em casos de abuso de direito de defesa e de manifesto propósito protelatório do réu.
- c) A terceira, finalmente trata do “pedido incontroverso”, prevista no artigo 273, §6º, acrescentado pela Lei 10.444/02”.

Nos dois primeiros casos, há que se fazer presente também o requisito que o artigo 273, caput, chama de “prova inequívoca”, combinada com a “verossimilhança da alegação”; e o artigo 461, §3º de relevância do fundamento da demanda, requisito este não diretamente aplicável ao terceiro tipo de antecipatória porque aqui se trata da existência de incontrovérsia.

4.5.1 Tutela Inibitória

Para além das antecipatórias regulamentadas pelo artigo 273 do CPC, a lei n. 8952 de 13.12.94 deu nova redação ao artigo 461, do Código de Processo Civil, positivando a atuação inibitória, o que viabilizou a prestação jurisdicional. Referida norma foi aperfeiçoada pela lei n. 10444/02, que alteou parcialmente o referido artigo e acrescentou o artigo 461-A, podendo o sistema processual civil brasileiro concretizar a tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e as obrigações de entrega de coisa.

Segundo TOLEDO (2007, p. 72)

[...] estas tutelas específicas visam impedir atos lesivos aos direitos subjetivos. Tem também o intuito, com o emprego da multa na sentença e na tutela antecipatória, de viabilizar a tutela mandamental final e a tutela mandamental antecipatória, permitindo assim, uma tutela preventiva adequada e efetiva aos direitos, em especial, aos de conteúdo não patrimonial, instrumentalizando, no plano do direito processual, o direito à tutela preventiva prevista constitucionalmente, no artigo 5, XXXV, da Constituição Federal.

Para MARINONI (2004, p. 60-62), a ação inibitória é de cognição exauriente. Porém, na maioria dos casos concretos é através da antecipação dos efeitos da sentença é que se consegue evitar que o resultado danoso ao direito aconteça, pois é da índole da ação inibitória a sua natureza preventiva. Portanto, para que o resultado prático se perfeça, a tutela inibitória, na maioria dos casos, deve ser deferida antecipadamente, nos moldes dos artigos 273, 461 e 461-A do CPC. O §3º do artigo 463, do Código adjetivo contempla expressamente a possibilidade de proteção do direito *initio litis*, dispondo eu sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu.

Segundo ensinamento do Professor DINAMARCO (2001, p. 22-23), o artigo 463 §3º trata-se da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional destinada à efetivação de obrigações de fazer ou de não-fazer, responsável por dar efetivação a tutela inibitória. Para ele o parágrafo que instituiu a antecipação da tutela relativa às obrigações de fazer reproduz substancialmente as regras impostas com caráter de mais generalidades pelo artigo 273. Eis os pontos do que está no § 3º, do artigo 461 a) ele exige que a demanda tenha fundamento relevante, o que equivale a exigir a verossimilhança do direito; b) impõe o requisito do fundado receio de ineficácia do provimento final, o que significa exigir o perigo da demora; c) autoriza a revogação ou modificação da medida a qualquer tempo; d) exige motivação da decisão que a modifica ou revoga. Indo além do que está no

artigo 273, o dispositivo em exame autoriza expressamente a concessão da tutela antecipada liminarmente ou mediante justificação prévia, nesse caso citando-se o réu. Sem peculiaridades de monta, a antecipação aqui instituída rege-se pelos preceitos gerais ditados explicitamente em relação ao poder geral de antecipação do artigo 273.

4.5.2 As Antecipações Tipificadas em Lei

A reforma, trouxe ainda a instituição de outra figura de tutela antecipada típica, qual seja a antecipação que em determinada situação se outorga ao réu nas ações de consignação em pagamento. Segundo DINAMARCO (2001, p. 22-23), a sensata inovação trazida pela reforma, ao inserir no Código o atual artigo 899, que autoriza o levantamento pelo réu, o que não importa qualquer risco para a parte contrária. Dada a precisa peculiaridade dessa antecipação, a ela deixam de se aplicar, por serem impertinentes, muitas das regras inerentes urgentes; mas aplica-se com extrema docilidade a permissão de conceder essa tutela antecipada até mesmo na sentença ou ainda depois de proferida esta e pendente de recurso. Seria conveniente que o CPC, seguindo o bom exemplo da Lei das Locações Prediais Urbanas, alargasse a possibilidade de levantamento, autorizando-a em todos os casos em que não haja controvérsia sobre a existência da obrigação.

Importante ressaltar que tais inovações vieram a se acrescentar as antecipações que já vinham disciplinadas no próprio código como as liminares em processo possessório, e as regulamentadas nos microssistemas processuais como as liminares no processo de mandado de segurança; na ação popular; na ação direta de inconstitucionalidade; na ação civil pública; nas ações coletivas referentes às relações de consumo...

Em face à amplitude dos tipos antecipatórios considerados, buscaremos aprofundamento nas antecipatórias fundadas no artigo 273 CPC, que conforme já apontado, fora a letra responsável pela institucionalização de um poder geral de antecipação.

4.6 Características

O artigo 273 do CPC autoriza o juiz, em determinadas hipóteses, mediante cognição sumária, a conceder um provimento provisório capaz de assegurar a parte o bem

jurídico decorrente da relação jurídica de direito material, qual seja, o objeto da demanda. Assim, satisfaz a parte agindo diretamente no plano dos fatos, realizando o direito afirmado, ainda que provisoriamente.

Diante dessa definição da tutela antecipatória, pode-se dela retirar as seguintes características.

4.6.1 Tutela de Cognição Sumária

A tutela antecipatória utiliza, além de um procedimento mais célere, o juízo da cognição sumária porque funda em um juízo de probabilidade, verossimilhança ou aparência.

Isto porque, serve a situações que não podem esperar o transcurso do rito procedimental a fim de realizar cognição exauriente, visto que há necessidade de que a parte possa usufruir imediatamente do direito afirmado, sob pena de dano ou seu completo perecimento.

4.6.2 Satisfatividade

Na tutela antecipatória ocorre a antecipação dos efeitos da sentença, e o direito que a parte afirma ter é imediatamente satisfeito, bastando para isso que sejam preenchidos os requisitos para sua concessão.

4.6.3 Provisoriedade

A tutela antecipada é concedida em caráter precário, diante da situação de urgência, podendo ser modificada ou revogada desde que haja mudança no estado de fato ou nas provas. Ainda tem a tutela antecipada a condição de vigorar por prazo determinado, pendurando no máximo, até que sobrevenha a tutela definitiva que a sucederá.

Portanto, em paralelo à tutela jurisdicional definitivo, existe uma outra espécie conforme já indicado, qual seja, a provisória e que antecipa o gozo do direito afirmado realizando, de imediato a pretensão, embora de forma não definitiva.

4.7 Requisitos

Para a concessão da tutela antecipada exige-se a presença dos requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil. Estes podem ser divididos em requisitos genéricos, que sempre devem estar presentes, e requisitos específicos, que são alternativos, ou seja, apenas o preenchimento de um deles permite a antecipação da tutela.

4.7.1 Genéricos

4.7.1.1 *Requerimento da Parte*

A tutela deve ser concedida apenas através do requerimento da parte que pleitear, sendo vedada a concessão *ex officio*, pelo juiz da causa. O requerimento pode ser feito por qualquer um dos sujeitos legitimados, quais sejam o autor, o oponente, o denunciante, o autor da ação declaratória incidental, o assistente, o autor do chamamento ao processo, o Ministério Público. Podendo, ainda, ser legitimado o réu, na reconvenção, nas ações de natureza dúplice, na declaratória incidental (quando é o autor) ou quando é recorrente.

4.7.1.2 *Prova inequívoca e a Verossimilhança da Alegação*

A redação do Código de Processo Civil para exprimir tais requisitos da tutela antecipada é muito criticada por grande parte da doutrina, por tratar-se de expressões incompatíveis, dificultando a aplicação e exigindo uma exegese apurada para que a lei não se torne letra morta. O artigo 273, traz que o juiz poderá conceder a tutela antecipatória pleiteada “desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação”. A contradição é manifesta: a prova inequívoca leva à certeza da alegação e não à sua verossimilhança. Os dicionários lecionam que verossimilhança é a qualidade ou caráter de verossímil, adjetivo que significa semelhante à verdade, que parece verdadeiro, provável, trata-se de aparência da verdade ou com a probabilidade desta e não com certeza.

A doutrina tem debruçado em busca de interpretações adequadas para dar ao enunciado legal um sentido lógico aceitável. Nesse sentido, DINAMARCO (2002, p. 143):

[...] a dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque “prova inequívoca” é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundido no espírito do juiz o sentido de certeza e não de verossímil [...] aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no artigo 273 do CPC, chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança que a verossimilhança.

O autor posiciona-se em prol de uma distinção de grau, para quem a verossimilhança da alegação necessitará de uma prova mais robusta que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar.

Outros doutrinadores buscam um melhor entendimento acerca das expressões antagônicas, dos quais podemos destacar o posicionamento de LOPES (1995, p. 74) “[...] para que a norma não perca sua operatividade não deverão os juízes interpretar literalmente seu enunciado, mas tomar em atenção a *ratio legis* e, pois, satisfazer-se com a prova segura das alegações do autor.”; e ainda ZAVASCKI (1999, p. 76), que no mesmo sentido indica que “[...] o que a lei exige não é certamente, prova de verdade absoluta – que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução – mas uma prova robusta que, embora no âmbito de cognição sumária, aproxime em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade.”

Assim, frente a tais ponderações, entendem-se a prova inequívoca e a verossimilhança como aquela que haverá de ser suficiente para emprestar verossimilhança à alegação contida na inicial, que constitui causa de pedir e não à absoluta certeza de procedência da demanda.

Para Arruda ALVIM (1996, p. 63):

[...] a expressão prova inequívoca deve ser entendida em termos, se “inequívoco” traduz aquilo que não é equívoco, ou o que é claro, ou o que é evidente, semelhante qualidade nenhuma prova, absolutamente nenhuma, pois, toda ela, qualquer que seja a natureza, deve passar pelo crivo do julgador [...] quem buscar, pela primeira vez, o sentido dessa expressão – verossimilhança – formará sobre ela um juízo equivalente ao de aparência de verdade. E não deixará de estar certo, porque no vernáculo, verossimilhança é o mesmo que verossímil (do latim *verossimile*) que significa semelhante à verdade, que tem aparência de verdade, que não repugna a verdade, ou “provável”.

Em outras palavras, a verossimilhança pode ser encarada como a ser um grau de convencimento superior a da possibilidade, e um inferior a probabilidade.

Certo é, portanto, que a antecipação da tutela exige probabilidade, e esta há de ser intensa, capaz de induzir a identificação plena entre probabilidade e verossimilhança.

4.7.1.3 Da reversibilidade

Além dos requisitos já abordados, há ainda o estampado no artigo 273 §2º, que roga “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”.

Constitui-se um requisito negativo-sensível da tutela antecipada. Sensível porque parte da doutrina entende que em muitos casos há a possibilidade da inafastabilidade da tutela, mesmo havendo probabilidade de irreversibilidade da decisão; isto é, mesmo havendo risco ou certeza de ser irreversível aplicar-se-ia o princípio da proporcionalidade, dando-se preponderância ao valor mais importante e garantido pelo Estado, ou seja, mesmo não existindo um quesito negativo impedindo a concessão da tutela, os direitos fundamentais devem ser garantidos convertendo-se depois em ação de perdas e danos. Isso somente será possível por meio de uma ponderação de valores ou de uma valoração comparativa de riscos.

MARINONI (2004, p. 100) após diferenciar a irreversibilidade do provimento da irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento e criticar a confusão que reina na doutrina a respeito, explica que:

[...] o que o artigo 273 veda, quando fala que a tutela não poderá ser concedida quando houver perigo de “irreversibilidade do provimento antecipado” – que nada tem a ver, repita-se, com a irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento – são determinadas declarações e constituições provisórias [...].

NERY JUNIOR e ANDRADE NERY (1999, p. 550) entendem que:

[...] a norma fala na inadmissibilidade da concessão da tutela antecipada, quando o provimento for irreversível. O provimento nunca é irreversível porque provisório e revogável. O que pode ser irreversível são as conseqüências de fato ocorridas pela execução da medida, ou seja, os efeitos decorrentes de sua execução. De toda a sorte, essa irreversibilidade não é

óbice intransponível à concessão do adiantamento, pois, caso o autor seja vencido na demanda, deve indenizar a parte contrária pelos prejuízos que ela sofreu com a execução da medida.

TALAMINI (2001, p. 128) entende que a determinação do §2º não deve ser absoluta, de deve ceder “[...] toda vez que o interesse que vier a ser gravemente prejudicado pela falta da medida antecipatória for mais urgente e relevante do que aquele que seria afetado pelos efeitos irreversíveis da antecipação. Aplicar-se-á o princípio da proporcionalidade.”

Desta maneira, nota-se que o requisito não pode ser analisado de maneira absoluta sob pena da ineficácia da própria lei, pois a volta ao *status quo ante* nunca será possível em sua plenitude. E se ao cabo da demanda, verificar-se que a reversibilidade não é possível, cabe ao autor resolver o conflito com uma indenização pelos danos sofridos.

4.7.2 Específicos

Outros dois requisitos são previstos, alternativamente, pelos incisos I e II do artigo 273. Demonstram situações distintas, e não cumuláveis, que possibilitam a tutela antecipada.

O primeiro deles, fundamentado no inciso I do artigo 273 do CPC, trata-se do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Também é denominada de antecipação assecuratória ou protetiva, pois antecipa por segurança.

Para a concessão desta tutela antecipada é imprescindível a existência do perigo iminente do dano causado pela demora do processo, necessária portanto, a urgência na prestação do direito, a não satisfação desta pretensão acarretaria um dano de tal monta ao autor que tornaria total ou parcialmente ineficaz o direito pleiteado assegurado em momento posterior, causando danos irreparáveis ou de difícil reparação.

É o *periculum in mora* da tutela cautelar, porém não se confunde com esta. Segundo GRECO FILHO (1999, p. 10), o *periculum in mora* é conceituado como “[...] a probabilidade de dano a uma das partes de futura ou atual ação principal, resultante da demora do ajuizamento ou processamento e julgamento desta e é até que seja possível medida definitiva.”

Receio fundado é aquele que não provém de simples temor subjetivo da parte, mas que nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de verossimilhança, ou de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave. O risco de dano irreparável ou de difícil reparação é risco concreto, atual e grave. Se o risco é

iminente não se justifica a antecipação da tutela. É indispensável a ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

Ademias, sempre que ocorrer a supressão total ou inutilização, pelo menos de grande monta, do interesse que se espera com a composição da lide, há dano grave, e conseqüentemente, de difícil reparação.

Já o segundo, previsto no inciso II do mesmo artigo, de modo alternativo ao anterior, é que haja abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Assim, não é exigível cumulativamente com o primeiro requisito, sendo dele independente.

O direito de defesa é decorrente do princípio do contraditório, necessário para que ocorra o devido processo legal. Muitas vezes, porém, a parte ré dele se utiliza de forma abusiva, com o objetivo de aumentar ainda mais o tempo para que se alcance o fim do processo, sentindo-se beneficiado pela demora da prestação jurisdicional. Foi esta percepção que fez com que o legislador criasse a possibilidade da tutela antecipada, como forma de punição para estes abusos.

Esse abuso ocorre quando o réu apresenta resistência ao pedido do autor de maneira infundada. Pode ocorrer quando deduz contestação apenas formalmente, sem consistência, ou ainda, quando emprega meios ilícitos ou escusos para forjar sua defesa. Já a expressão manifesto propósito protelatório do réu está ligada a atos e omissões que ocorrem fora do processo, mas que estão a ele relacionado, por exemplo, não praticar determinada diligência, ou houver ocultação de provas.

ZAVASCKI (1999, p. 78), contudo, observa que:

[...] em qualquer hipótese, a antecipação da tutela só se justificará se necessária (princípio da necessidade) ou seja, se o comportamento do réu importar, efetivamente, o retardamento. O ato, mesmo abusivo, que não impede nem retarda, os atos processuais subseqüentes, não legitima a medida antecipatória. Assim, a invocação, pelo réu, na contestação de razões infundadas, por si só, não justifica a antecipação da tutela. Se justificasse, com mais razão se deveria antecipá-la sempre que ocorresse revelia. Para tais hipóteses, o sistema já oferece a solução do julgamento antecipado da lide (artigo 300 do CPC).

Essa possibilidade de tutela antecipatória preocupa-se com a efetividade da jurisdição, tentando evitar que o autor sofra maiores prejuízos. Ainda, demonstrada preocupação em que o processo não seja desacreditado por aqueles que dele necessitam para fazer valer seus direitos. Embora não tenha relação estrita com uma situação de urgência, é de

grande importância para que o processo esteja focado em sua finalidade, qual seja, fazer justiça, fazendo valer o direito material.

4.8 Alcance da Antecipação

Importante ressaltar, conforme já salientado, que os efeitos do pedido da parte podem levar a antecipação total ou parcial. A fixação destes limites não é ato discricionário do juiz, mas deve ser abalizado de acordo com do princípio da necessidade. Ou seja, deve o juiz levar em consideração a finalidade do instituto da tutela, qual seja, eliminar o perigo de dano à realização do direito material da parte.

Nota-se, contudo, que não pode ser concedido a título de antecipação mais do que o autor poderia obter se fosse vencedor na totalidade da pretensão deduzida em juízo. Assim, a tutela antecipada encontra-se vinculada ao pedido e dele é dependente.

Sintetizando, podemos considerar que: a) a antecipação não pode ser concedida de ofício (artigo 173, caput em harmonia com o princípio da inércia judicial esculpido no artigo 2º do CPC); b) a tutela concedida antecipadamente não pode ser mais extensa, nem de natureza diversa da constante do pedido inicial; c) a antecipação não pode ser qualitativamente diferente, nem quantitativamente maior do que aquela que foi pleiteada.

4.9 Aspectos Procedimentais

4.9.1 Legitimidade

Aquele que pretende antecipar um ou alguns dos efeitos que só alcançaria depois de transitada em julgado a decisão, pode requerer a tutela antecipada. Assim, obviamente não restam dúvidas de que o autor da ação tem legitimidade para requerer a antecipação, pois é ele quem faz o pedido. Se somente quem pode fazer o pedido pode requerer a concessão da tutela antecipada, tem-se que todos os que podem pedir, tem o direito de requerer a antecipação dos efeitos de sua pretensão.

Para NERY JUNIOR e ANDRADE NERY (1999, p. 690-691) têm legitimidade, além do autor o:

[...] denunciante, na denunciação da lide; o oponente, na oposição; o autor da ação declaratória incidental [...], o assistente do autor pode pedir a tutela antecipada desde que não se oponha ao assistido. O assistente litisconsorcial, quando no pólo ativo, pode requerer a tutela antecipada, independentemente da vontade do assistido. Saliente-se que, neste caso, o assistente não estará fazendo pedido em sentido amplo, mas apenas pleiteando que seja concedida a antecipação dos efeitos da sentença.

Na reconvenção o réu também pode requerer a tutela antecipada, quando formula pedido, pois é autor desta; nas ações de natureza dúplice, pois nestas pode oferecer pedido contraposto e requerer a sua antecipação; ou ainda, quando é autor da ação declaratória incidental, já que assume posição ativa.

MARINONI (2004, p. 129) ainda cita a hipótese do chamamento do processo alegando que o autor pode requerer a tutela antecipatória contra o réu, originário ou contra os chamados. Se a tutela antecipatória é concedida, a parte que a satisfaz deve ser autorizada a executar (também antecipadamente) o dever principal ou os outros deveres.

O Ministério Público também tem a faculdade de postular a antecipação, agindo como parte ou como fiscal da lei, pois tem os mesmos poderes e ônus que as partes.

4.9.2 Concessão *ex officio*

Conforme apontamento anterior, a concessão de Tutela Antecipatória *ex officio* parece-nos uma aberração jurídica, ferindo o próprio caput do artigo 273, que expressa a necessidade do requerimento da parte, e mais, esbarra no princípio da inércia judicial, cláusula presente no artigo 2º do código adjetivo.

Porém, a doutrina não se apresenta unânime neste sentido. Sustenta Fernando FRANÇA (2003, p. 184):

[...] que o condicionamento ao requerimento específico da parte se compadece de três patologias: I – alija a participação do Estado na solução dos conflitos, favorecendo o exercício abusivo de direitos; II – Colide com o princípio do impulso oficial, e III – viola o princípio da efetividade da prestação jurisdicional consoante do artigo 5, inciso XXXV da Constituição.

Para a doutrina filiada a este entendimento, em nome de uma melhor prestação jurisdicional, o magistrado ao deparar-se com os requisitos exigidos para a concessão, faria de plano, sem a necessidade de requerimento da parte – entendendo que esta deve ser a postura da atual Jurisdição, ou seja, distante daquela completamente alheia a realidade social, e em busca de uma composição mais justa – ou pelo menos efetiva – da lide.

O Professor MARINONI (1998, p. 182), defende que o juiz, assim que profere sua sentença, como efeito imediato, concederia a título de antecipação, determinando sua imediata execução, mesmo antes do trânsito em julgado ou independente dos procedimentos executórios. Para ele há “[..] necessidade de transformar em regra a execução imediata da sentença [...] visto que a sentença, até prova em contrário, é um ato legítimo e justo” e não apenas um projeto de decisão, ou até, mera servidão de passagens para instâncias superiores. Assim, é o réu quem deve suportar a demora do julgamento de eventual recurso. E continua, indicando que caso haja necessidade de admitir a suspensão imediata da sentença em casos particulares e especiais, oferecendo, portanto, freios e contrapesos, haveria a possibilidade de atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Acerca desta ponderação o mestre Carreira ALVIM (2002, v. 3, p. 179), observa que:

[...] uma coisa é a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, conhecida como tutela antecipada liminar, e coisa diversa é a antecipação dos efeitos da sentença, residindo a diferença em que na primeira hipótese a decisão se funda num juízo de verossimilhança, probabilidade, enquanto, na segunda se funda num juízo de certeza.

Feitas as devidas ponderações, é certo que o antecipação da medida, determinada de ofício pelo juiz, na sua sentença demonstra a consubstanciação da justiça de resultados; porém, não resta dúvidas ser uma afronta aos consagrados princípios da inércia e do tratamento isonômico.

4.9.3 Hipóteses de Cabimento

4.9.3.1 Ações Condenatórias

Não há divergências na doutrina quanto ao cabimento da tutela antecipada nas ações de cunho condenatório. A discussão gira em torno da decisão antecipatória se submeter

a ação autônoma ou se é cumprida na própria ação de conhecimento. Buscando solucionar a questão, ZAVASCKI (1999, p. 21) diz que a melhor solução é observar o cumprimento da decisão da tutela antecipada na própria ação de conhecimento, mediante ordens e mandados. Salvo quando se tratar de antecipação de pagamento de quantia certa, pois em tal caso, depende-se da vontade do executado ou de atos de expropriação, insuscetíveis de serem realizados na própria ação; cabendo nesta hipótese a ação executiva provisória por quantia certa. Outra exceção ocorreria quando a obrigação fosse ilíquida.

4.9.3.2 *Ações Declaratórias*

As ações declaratórias almejam apenas a declaração de existência ou inexistência da relação jurídica. O provimento jurisdicional evocado exaure-se, nessa hipótese, na decisão quanto à existência ou à inexistência desta relação.

Constata-se que o pedido imediato deste tipo de ação confunde-se com o pedido mediato, pois ao visar apenas uma declaração e sendo a mesma concedida na sentença, exaure-se também a pretensão material da parte.

Assim, discute-se doutrinariamente a respeito da possibilidade de antecipar os efeitos da sentença nesta espécie de ação, já que aparentemente o pronunciamento da sentença não geraria outros efeitos, além da própria declaração.

ZAVASCKI (1999, p. 85) prevê a possibilidade de antecipação da tutela exclusivamente quando a ação declaratória tiver cunho negativo, dizendo que “[...] ora, essa eficácia negativa é, certamente, passível de antecipação, o que se dá, necessariamente, mediante ordens de não fazer contra o preceito, ou seja, ordens de abstenção, de sustação, de suspensão de atos ou comportamentos.”

Nesta linha de raciocínio, constata-se que a tutela antecipada poderá ser solicitada em ações declaratórias quando, além dos efeitos gerados pela simples declaração, exista efeitos concretos desta declaração, como numa ação declaratória de nulidade de cunho cambial, o efeito concreto desta declaração de nulidade é a insubsistência do protesto efetuado.

Referindo-se aos efeitos da ação declaratória, diz José Roberto Bedaque (apud ZAVISCKI, 1999, p. 231) “[...] os provimentos declaratórios e constitutivos não são antecipados, o que ocorre com apenas alguns dos efeitos a ele inerentes”. E completa Willian

Santos FERREIRA (2000, p. 89) concebendo a tutela antecipada nas ações declaratórias sempre que necessárias determinadas providências para ajustar-se a realidade reconhecida na sentença. Segundo ele, as aludidas ações são aquelas denominadas de ações declaratórias que tenham repercussões práticas.

Nos ensinamentos de Kazuo Watanabe (apud ZAVISCKI, 1999, p. 27), podem ser citadas como exemplos de tais ações “[...] a declaratória de paternidade em relação aos alimentos; ou as que contenham alguma carga constitutiva, como a de desfazimento da eficácia de um ato nulo, ou a sua propriedade de, apesar de nulo, produzir efeitos.”

4.9.3.3 Ações Constitutivas

A ação constitutiva almeja a um provimento jurisdicional que visa constituir, modificar ou extinguir uma situação jurídica.

A divergência quanto ao cabimento da tutela antecipada nas ações constitutivas tem sido motivo de grandes divergências.

Parte respeitável da doutrina defende que é incabível antecipar simplesmente efeitos declaratórios ou constitutivos, justificando o posicionamento assegurando que a antecipação dessas tutelas não seria provida de qualquer efetividade, não sendo compatível com o princípio da necessidade. Neste sentido Teoria Albino ZAVASCKI (1999, p. 85).

Outra parte, no qual podemos citar MARINONI (2004, p. 78), admite o cabimento da tutela antecipada nas ações constitutivas, e em seu ensinamento “[...] é preciso dizer, antes da mais nada, que depois de muita meditação, chegamos à conclusão, contrária a doutrina dominante, que não há motivo que possa impedir, na perspectiva técnico-processual, uma constituição ou uma declaração fundada em cognição sumária.”

Entende que no caso das ações constitutivas, segue-se a mesma lógica utilizada nas declaratórias, alegando para a eficácia ou não dos efeitos antecipados.

Torna-se clara a impossibilidade de antecipar a criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica. Nada obsta, no entanto, que estando presente os requisitos e constatando-se que a aludida antecipação será necessária a parte que a requer para que sejam antecipados alguns dos efeitos dessa criação, modificação ou extinção. Exemplificando, diz WATANABE (apud FERREIRA, 2000, p. 97):

[...] na ação em que se peça a anulação de uma decisão de assembléia de sociedade anônima de aumento de capital, em vez de antecipar desde logo o provimento desconstitutivo, deverá ater-se à antecipação de alguns efeitos do provimento postulado, como o exercício do direito de voto correspondente segundo a situação existente antes do aumento de capital objeto da demanda ou a distribuição de dividendos segundo a participação acionária anterior ao aumento de capital impugnado, etc.

4.9.4 Requerimento e Deferimento

A lei não prefixou rigidamente, nem para o pedido, nem para a sua concessão, momento específico.

A matéria, desta forma, está sob um regime procedimental mais livre e flexível, de sorte que não há um momento certo e preclusivo para sua postulação e deferimento da tutela antecipada, podendo ambos atos se darem em qualquer fase do processo.

Pode o autor, destarte, requerer a tutela antecipada já no bojo da petição inicial, ou no curso do processo, quando sua demora mostrar-se preocupante.

Quanto à sua concessão, pode ser concedida *in limine litis* ou depois da citação do réu, ou ainda em qualquer fase do curso do processo.

Com efeito, é certo que a tutela antecipada veio do grande rol das medidas liminares que já eram conhecidas em nosso ordenamento jurídico, não havendo dúvida, portanto, de sua possibilidade de concessão antes da citação do réu, principalmente quando a ciência deste obstará a execução da medida, ou ainda, quando há urgentíssimo motivo que a justifique.

Importante salientar que a concessão *in limine litis* não importa em desobediência ao princípio do contraditório, visto que, o que ocorre, é tão simplesmente a postergação do direito de defesa para outro momento, e não a sua supressão.

No caso do inciso II do artigo 273, ou seja, o abuso do direito de defesa, é óbvio que somente poderá ser requerida ou deferida no curso do processo, no mínimo, após a contestação, primeiro momento de defesa.

A medida antecipatória, pode, ao extremo, ser concedida até na sentença, quando não satisfeita a pretensão do autor de forma definitiva pela execução. E mesmo após a sentença, no caso de recurso recebido no efeito suspensivo, é possível a parte requerer a própria tutela concedida em sentença, ou seus efeitos, por execução provisória através da

tutela antecipada antes do julgamento do recurso e trânsito em julgado da decisão. Neste caso, a competência para sua concessão será do Tribunal.

4.9.5 Decisão da Tutela Antecipatória

A tutela antecipatória é direito subjetivo da parte. Por isso, preenchidos os seus requisitos legais, é direito seu e obrigação do juiz a concessão da tutela antecipatória, não sendo lícito ao juiz concedê-la ou denega-lá discricionariamente.

O livre convencimento do juiz, destarte, é motivado. Assim, o §1º do artigo 273 do diploma processual dispõe que o Juiz ao deferir a tutela antecipatória, indique as razões de seu convencimento de modo claro e preciso. Entende-se assim, que apensar da norma falar somente na decisão que antecipa a tutela, também a decisão que a denega deve ser fundamentada. Tal entendimento nada mais é que corolário do artigo 93, IX da Constituição Federal que obriga a fundamentação de qualquer decisão judicial.

Desta forma, sob pena de fulminar de nulidade a decisão, o julgador deve esclarecer as razões pelas quais julga existir ou não a probabilidade de ocorrência de dano, se este é potencialmente irreparável ou de difícil reparação ou, alternativamente, se julgar estar presentes os indicativos do abuso de direito de defesa.

Ainda, é importante a fundamentação para que o juiz possa justificar-se quando haja perigo de irreversibilidade da decisão, demonstrando de que forma pesou e valorou os bens jurídicos envolvidos e porque optou pelo risco da irreversibilidade ou por denegar o pedido.

4.9.6 Modo de Execução

As medidas de antecipação previstas nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, por serem providências emergenciais, não admitem delongas em sua efetivação no plano concreto, havendo de ser tomada de plano.

Seu regime executivo é o mesmo das medidas cautelares, devendo o efeito prático ser operado de imediato, sem maiores solenidades. Assim, cabe ao juiz que decidiu pelo deferimento da tutela antecipatória, expedir mandado judicial a fim de que se cumpra o que fora decidido.

É claro que deve sempre ser tomar as cautelas necessárias para que se preserve a reversibilidade da medida.

Ademais, necessário destacar que o §3º do artigo 273 dita para que a efetivação da medida devem ser aplicados, no que couber, e conforme sua natureza, as normas previstas nos artigos 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A do C.P.C.

Como bem lembram NERY JUNIOR e ANDRADE NERY (2006, p. 459), o artigo 588 do CPC foi revogado pela Lei 11232/05, de modo que a remissão a ele feita deve ser entendida, agora, como sendo ao artigo 475-O do mesmo diploma legal, tendo em vista que cabe a esta regulamentação da execução provisória, atualmente.

Sobrevindo sentença que modifique, no todo ou em parte, ou anule a decisão que foi objeto de execução provisória, esta ficará sem efeito, restituindo-se as coisas no estado anterior, caso apenas parte da decisão seja revogada, os efeitos da execução cessará exclusivamente em relação a essa parte.

FERREIRA (2000, p. 176) ressalta que a execução normalmente será realizada nos próprios autos, salvo na hipótese de deferimento por juízo superior em grau recursal ou quando proferida na sentença ou pouco antes desta, devendo ser extraída carta para possibilitar a execução. Por ser execução *lato sensu*, há a impossibilidade de ajuizamento de embargos à execução.

4.9.7 Revogabilidade

De acordo com expressa disposição do §4º do artigo 273, a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Tereza Arruda WAMBIER (1997, p. 553) aduz em relação ao disposto que:

[...] parece todavia, que se deve entender que esta modificação só pode ter lugar se a situação de fato subjacente ao processo também se alterar e fizer com que, por exemplo, desapareçam os pressupostos da manutenção da medida concedida ou surjam os pressupostos que determinem sua concessão. Assim, e mais rigorosamente, não se poderá dizer que a decisão terá sido propriamente alterada, mas o que terá havido será a prolação de outra decisão, para outra situação.

Servindo-se das liminares possessórias como parâmetro, tem-se que a modificação da tutela antecipada somente é admissível mediante provocação da parte, como a interposição de recurso, não podendo ser realizada *ex officio* pelo juiz, mesmo ocorrendo a alteração da

circunstância que fundamentou a tutela antecipada. A reconsideração da decisão que outorgou ou não a antecipação da tutela, não poderia ser apreciada pelo juiz, pois neste caso, deus-se a preclusão por *judicato*, não cabendo ao juiz decidir.

O juiz, assim, só pode modificar sua decisão se houver alteração relativa aos fatos, as circunstâncias que determinam a concessão; pois para a antecipação da tutela se demandada, ainda que em cognição sumária, uma convicção mais firme que a exigida para a tutela cautelar, esta idéia de inconstância na posição do juiz não se coaduna com a solidez da argumentação exigida para a antecipação da tutela. O juiz pode variar sua decisão se alterados os fatos, e não se modificado o seu entendimento em relação aos fatos.

Neste sentido FERREIRA (2000, p. 184-185) entende que “[...] da mesma forma que a concessão só pode ocorrer mediante requerimento expresso da parte, a revogação ou modificação também dependem de requerimento.”, salvo quando se tratar de sentença de mérito, que é fundada em cognição exauriente.

Se a sentença final é procedente, coincidindo com a decisão concedida na tutela antecipada, e em se tratando dos mesmos efeitos é concedida e ao final a sentença é de procedência, coincidindo com os efeitos antecipados, desde que não sejam inferiores, a tutela é confirmada permanecendo o mesmo estado na relação. Neste caso, não há sequer a necessidade de que o magistrado se manifeste sobre a sua manutenção quando da sentença. Em havendo apelação, mesmo com efeito suspensivo, não haverá a revogação, porque a duração da tutela antecipada tem início no momento da concessão, ou seja, da decisão interlocutória, e a suspensividade não atingirá provimentos pretéritos como essa decisão. Apenas ocorrerá a revogação da tutela quando do provimento da apelação.

A improcedência do pedido na sentença de mérito, em contrapartida, trará como consequência a revogação da antecipação concedida.

4.9.8 Recursos

Tratando-se de decisão interlocutória, a deliberação que outorga ou não a tutela antecipada, pela regra do artigo 522 do CPC, o recurso cabível é o agravo.

Analisa-se a pertinência dos dois tipos de agravo presentes em nossa legislação, se poderia ser retido ou por instrumento.

Embora hoje perdure o retido como regra, este se mostra desinteressante para a parte recorrente, pois a ela importa a cassação ou concessão imediata da tutela antecipada, de nada adiantando esperar eventual propositura de apelação para ver apreciado o agravo retido. A urgência reclama celeridade.

O recurso apropriado, portanto, é o agravo, somente na modalidade de instrumento.

4.10 Tutela Antecipada e Julgamento Antecipado da Lide

O julgamento antecipado da lide, descartando as hipóteses de revelia, somente acontecerá após o contraditório. No caso, o juiz verificando que não é necessária a instrução probatória, profere antecipadamente a sua sentença, solucionando a lide.

Ocorre quando a questão analisada, quanto a questão de mérito, for unicamente de direito ou na hipótese de desnecessidade de produção de provas nas análises de fatos onde o juiz irá se encontrar apto a formular seu provimento pleno, sem mais delongas.

Trata-se de situação completamente diversa da tutela antecipada por tratar-se de sentença definitiva, de cognição exauriente, tendo a mesma natureza e peculiaridades daquela que se profere no estado normal do processo. Enquanto que, a tutela antecipada é uma decisão provisória, de cognição sumária, tendo natureza de decisão interlocutória.

4.11 Colisão entre os Princípios Constitucionais de Efetividade do Processo e Segurança Jurídica

Com a alteração do artigo 273 do CPC, e introdução do instituto da Tutela Antecipatória, conforme amplamente demonstrado, o legislador nacional fez uma clara opção pelo princípio da Efetividade da Jurisdição, também denominado Direito e Acesso à Justiça ou Direito à Ordem Jurídica Justa, conforme preceituado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Porém, de acordo com constatação notável do Professor ZAVASCKI (1997, p. 144 e ss) não se pode ignorar a flagrante afronta deste princípio com o da Segurança Jurídica, extraído também da ordem constitucional, do artigo 5, inciso LIV, entendido como o processo que assegura aos litigantes “o contraditório e a ampla defesa, com os meios e

recursos a ela inerentes” (inciso LV). Entendendo-se assim que não apenas a liberdade, mas também os bens em sentido amplo devem permanecer à disposição do demandando até que se esgote o devido processo legal.

Tratando-se de ambos princípios de escopo constitucional, não há de se falar em hierarquia entre eles, merecendo idêntico tratamento por parte do legislador.

Porém, não é o que se nota quando da análise do instituto da tutela antecipatória, visto que notadamente, o legislador fez opção pelo princípio da efetividade – que compreende não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente de obter, em prazo adequado uma decisão justa e com potencia de atuar eficazmente no plano dos fatos – em detrimento da segurança jurídica; possibilitando, até mesmo, a concessão de liminar, a título de antecipação, *inaudita altera pars*. Demonstração extrema da opção realizada.

4.12 Liminar em Tutela Antecipatória

Já feitas às devidas anotações acerca do instituto da Tutela Antecipatória, faremos neste apenas alguns apontamentos de ordem prática acerca das liminares em tutela antecipatória.

4.12.1 Pela Impossibilidade de Medida Liminar em Tutela Antecipatória

Conforme lição de Roy Reis FRIEDE, (1996, p. 73) a rigor, não existe propriamente o que se convencionou chamar de medida liminar, no sentido formal de provimento administrativo-cautelar, em tutela antecipatória, não obstante, seja cediço reconhecer, em uma tradução ampla a plena licitude quanto à conclusão corrente pela presença de um instrumento jurídico, provisório e antecedente, assemelhado ao consagrado instituto liminar, na disciplina normativa da denominada tutela antecipada, ainda que com natureza finalística diversa e sem qualquer possibilidade de deferimento *ex officio* e *inaudita altera pars*.

Segundo ele, acompanhado pelos mestres Calmon de Passos e Sérgio Bermudes a impossibilidade da concessão *inaudita altera pars* se dá em razão de um obstáculo maior

caracterizado pelo princípio constitucional do contraditório, que impede de maneira invencível o deferimento, sem oitiva prévia da parte contrária, considerando particularmente, que a própria referibilidade ao direito material, inerente ao processo de conhecimento (onde se encontra inserido o instituto da tutela antecipada, por si só invalida qualquer mecanismo desafiador do princípio maior, sem o qual qualquer decisão meritória - mesmo que antecipada e neste especial reversível de cognição sumária -, somente pode ser procedida pelo julgador após a necessária manifestação de ambas as partes litigantes.¹²³

4.12.2 Antecipatória em Sede Liminar

Primeiramente há de se ponderar que, quando da promulgação da lei que instituiu a tutela antecipatória, conforme visto, a doutrina convergiu para a impossibilidade de existência de liminar acerca de tutela antecipada; visto que sendo a tutela antecipada uma antecipação, e a liminar apresentando a mesma conceituação, tratava-se de algo inconcebível imaginar liminarmente a concessão de algo que por si só já configura uma antecipação dos efeitos do que é pretendido.

Porém, a doutrina apresenta-se equivocada, haja vista que conforme conceituado, a liminar não corresponde, de forma alguma, a antecipação do que se pretende em decisão final. A natureza jurídica do instituto da liminar é diversa da tutela antecipatória.

Assim, com a entrada em vigor do artigo 461, §3º do CPC, de natureza claramente antecipatória, que reza “sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citando o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”. Regulou-se, através de expressa previsão legal, a possibilidade de concessão da tutela em sede liminar; não restando, portanto, dúvidas, acerca do cabimento de tal instrumento em sede de Tutela Antecipatória.

Já em relação ao argumento apresentado por FRIEDE (1996) apontado acima, não há violação do princípio constitucional, mas somente uma postergação do momento do contraditório. Maiores considerações a este respeito, inclusive com apresentação casuística, será feita a seguir.

¹²³ Ressalta ainda que, de modo diverso, é permitida a concessão *inaudita altera pars* em tutela cautelar, visto que nesta há discussão sobre a questão de fundo (mérito cause), existindo tão somente uma referibilidade processual (intrínseca).

4.12.2.1 *Liminar em Face ao fumus boni iuris e periculum in mora (273, I e inibitória)*

O artigo 273, inciso I do Código de Processo Civil estabelece que: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

A primeira situação que rende azo à antecipação dos efeitos da tutela de mérito é pertinente ao *periculum in mora*, ou nos dizeres da lei, quando haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Na prática, para que se veja efetivada esta garantia, encetamos o seguinte dilema: ou se antecipa a proteção à pretensão mesma – total ou parcialmente – ou essa pretensão perece; ou, então ocorrerá um dano que somente com a tutela antecipatória poderá ser evitado (ALVIM, A., 1996, p. 95).

Põe-se em evidência a hipótese denominada de urgência antagônica, a qual justifica a procedência do pedido (baseada na verossimilhança) total ou parcialmente, sob pena de inocuidade da procedência somente depois da sentença, e do julgamento dos recursos, com efeito suspensivo.

Difere-se o dano aqui pretendido, do dano referente às cautelares, visto que este pode ser obstado por uma pluralidade de formas (v. art. 798 do CPC), ao passo que o dano que justifica a tutela antecipatória, do artigo 273, I é evitável pela antecipação dos efeitos da procedência (total ou parcial) do pedido feito no processo.

Disciplinando o processo cautelar, o artigo 798 do CPC fala em fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Por isso mesmo, a cautelar requer exista ato da parte e dele derive o risco de dano. Conecta-se este tipo de dano, geralmente, a uma conduta em si mesma ilícita, cujos efeitos devem ser anulados pela medida cautelar. Tal não ocorre em relação ao instituto da tutela antecipatória, onde o juiz vai conseguir apenas a necessidade de antecipação da eficácia do julgado, porque, se não deferida, haverá risco de ocorrer, para o autor, danos que serão eliminados, se antecipação houver.

Sintetizando, Arruda ALVIM (1996, p. 104):

[...] já o dano a que se refere o legislador, no artigo 273, I é de caráter algo diferente. O dano do artigo 273, I não decorrerá necessariamente de conduta de outra parte nem será restaurável pela concessão de uma cautelar. Poderá nascer durante o curso do processo, independentemente de uma tal conduta. Mas o artigo 273, I não coloca como requisito, para a configuração desse

dano, uma conduta específica de outra parte, senão que suficiente é a sua resistência à pretensão do autor, ao que se somará a perspectiva da ocorrência do dano, o que haverá de ser examinado no caso a caso.

Saliente-se ainda que o simples inconveniente da demora processual, aliás, inevitáveis dentro do sistema do contraditório e ampla defesa, não podem, só por si, justificar a antecipação da tutela. É mister a ocorrência do risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte.

Questão tormentosa e de capital importância prática, no âmbito da concessão de medida liminar de tutela antecipatória escudada em *periculum in mora* é a pertinente à possibilidade ou não de liminar antecipatória antes de oitiva do réu, ou seja, liminar concedida *in limin litis e inaudita altera pars*.

4.12.2.2 A Concessão da Liminar de Antecipação de Tutela antes da Oitiva do Réu

Somente para melhor ilustrar, vejamos a situação de urgência em que há pedido de tutela antecipada, em sede liminar, visando a autorização de transfusão de sangue recusado por motivos religiosos, onde a criança enferma carece de transfusão iminente. Como exigir contraditório nesses casos?

A controvérsia é entre os que admitem incondicionalmente o deferimento liminar *inaudita altera pars* – como é o caso de Nelson Nery Junior, Rosa Maria Andrade Nery, Luiz Guilherme Marinoni, Humberto Teodoro Junior, José Roberto dos Santos Bedaque... E os que entendem no sentido contrário, como Calmon de Passos, Reis Friede e Sérgio Bermudes.

São diversos os argumentos alinhavados pelos que não admitem a concessão.

O primeiro deles é que o artigo 273 do CPC – que disciplina a antecipatória – não foi expresso e nem especificou a concessão da tutela liminarmente, como fez a inibitória prevista no artigo 461, §3º do CPC. Segundo Reis Friede, 1996, p 51 “não é lícito a concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, na antecipação (de cognição sumária não urgente) de tutela (salvo no caso específico previsto expressamente no artigo 461, §3º, do CPC - tutela específica), uma vez que tal procedimento resta incompatível com a própria natureza generalizante da previsão normativa ínsita no artigo 273 do CPC, ou ainda, com a própria sistemática do Código de Processo Civil que nem mesmo admite, salvo condicionalmente, a medida liminar em ação cautelar”.

Para Calmon de PASSOS (1996, p. 193-194) “[...] esse meu entendimento leva-me a seguintes conclusões. Inexiste possibilidade de antecipação da tutela, no processo de conhecimento, antes da citação do réu e oferecimento de sua defesa no transcurso do prazo para ela previsto.”

A jurisprudência tem mantido uma postura de não admitir em medida liminar *inaudita altera pars* a antecipação.

Porém, não há de prosperar tal entendimento.

Em primeiro lugar não prospera o argumento de que o artigo 273, ao contrário do no artigo 461, §3º do CPC não foi expresso sobre a concessão liminar da tutela *inaudita altera pars*. Segundo o artigo 273 do CPC “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial.” Como se nota, não obstante a norma não tenha sido expressa, ela autoriza que o juiz antecipe os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. E essa antecipação pode dar-se liminarmente, desde que ocorrentes os pressupostos legais: prova inequívoca, verossimilhança da alegação e *periculum in mora*.

Neste diapasão, correta a afirmação do Desembargador mineiro Licínio Carpinelli Stefani “[...] a tutela antecipada pode ser concedida *in limine litis* ou em qualquer fase do processo *inaudita altera pars*. O conceito de probabilidade demonstrado autoriza a concessão da liminar.” (DJMT n 5552, de 23.11.98, p. 5).

A razão é óbvia: quando discorremos sobre o conceito de liminar, ficou assentado que seu conceito apresentado pela maioria dos autores, ressalvadas diferenças terminológicas, possui um ponto comum: configurar uma antecipação dos efeitos daquilo que se obteria somente ao final da ação, com a prolação da sentença.

Assim, MANCUSO (1983, p. 21) afirma que “[...] as liminares, em qualquer tipo de processo, provocam uma antecipação, ainda que provisória, da tutela pretendida *principaliter*. Elas são como que uma retro-projeção da imagem que possivelmente será representada na sentença final.” Constata-se assim, que a antecipatória do artigo 273, I confunde-se com o próprio conceito de liminar.

Portanto, há uma identificação irrefutável entre o conceito de liminar e de tutela antecipatória, já que esta – para usar o conceito de liminar – “configura uma antecipação total ou parcial daquilo que se obteria somente ao final da ação, com prolação da sentença”. Do exposto, é lícito concluir que a antecipação de tutela é a liminar por excelência. E se a antecipação é a liminar por excelência, não há como refutar a assertiva que a concessão *in*

limine litis e inaudita altera pars é inerente e congênita ao instituto da tutela antecipatória, porque ela representa a genuína liminar.

Daí o ensinamento de MARINONI (2004, p. 133) no sentido de que:

[...] o próprio artigo 273 não poderia vedar a concessão da tutela antes da ouvida do réu, pois nenhuma norma tem o condão de controlar as situações de perigo. A tutela de urgência, sem dúvida, não pode ser eliminada onde é necessária para evitar um prejuízo irreparável. O princípio da inafastabilidade garante o direito à adequada tutela jurisdicional, e portanto, o direito à tutela urgente. A necessidade da ouvida do réu poderá comprometer, em alguns casos, a efetividade da tutela urgente. A tutela urgente, antes da ouvida do réu, poderá ser concedida quando o caso concreto a exigir.

Para CARNELUTTI (1971, p. 426-427) a urgência e a surpresa são os fatores que permitem a ab-rogação da regra geral da audiência da parte.

Destarte, uma vez demonstrada a possibilidade de concessão liminar da tutela *inaudita altera pars*, nem por isso a liminar deve ser prodigalizada. É mister, nesses casos, prudência e parcimônia do julgador, de molde a evitar o *periculum in mora inverso*. Deste modo, no juízo equilibrado, para a outorga da tutela antecipatória *inaudita altera pars* e necessário que seja demonstrado de forma inequívoca o direito afirmado, a ineficácia da medida com a citação do réu, ou a urgente necessidade de sua concessão.

4.12.2.3 Liminar em Face ao Artigo 273, II (Abuso Direito de Defesa)

Neste caso, numa primeira perspectiva, há de se ponderar pela impossibilidade de concessão liminar da tutela antecipatória, haja vista não se tratar de fato vinculado a perigos trazidos pelo tempo, ou ainda, urgência em face ao eminente dano. Não é o entendimento, porém, trazido por NERY JUNIOR (1996, p. 70); que sustenta a possibilidade do deferimento da tutela antecipada, com base no inciso II, *initio litis*, de forma liminar, sempre que ficar absolutamente caracterizado que o réu agirá no processo e maneira temerária. Como exemplo apresenta-nos o caso onde “[...] há prova suficiente de que o réu fora, por exemplo, notificado várias vezes para cumprir a obrigação, tendo apresentado evasivas e respostas pedindo prazo para o adimplemento.”; ou ainda, quando “[...] o autor tem contrato preliminar de compra e venda de imóvel, no qual exista cláusula de prazo para a entrega do bem.” Caso seja outorgada a escritura, pago integralmente o preço e não entregue o imóvel, pode o autor

ajuizar ação de imissão de posse e pedir, liminarmente, a antecipação dos efeitos da tutela de mérito. Nesse caso há prova inequívoca da alegação (documento comprovando a data para a entrega e escritura comprovando o pagamento do preço e a transferência do domínio), de modo que, pedida a antecipação, o juiz deve concedê-la.

Temos, *in casu*, a chamada tutela antecipatória pura. É pura a antecipação que visa reprimir a conduta processual do réu, que abusa de seu direito de defesa, ou pratica atos manifestamente protelatórios. A tutela antecipatória pura prescinde dos pressupostos da urgência e do dano, vale dizer, basta a demonstração da chamada prova inequívoca conducente à verossimilhança, sem que haja a necessidade da comprovação do *periculum in mora*, tendo em vista que a tutela antecipatória pura, é a que mais protege o direito evidente, e quanto mais evidente o direito do autor, mais nítido o abuso do direito de defesa perpetrado pelo réu.

Neste aspecto, segundo BERTOLDI (1997, p. 311), inovou o legislador brasileiro de forma a criar a possibilidade de antecipação como forma de trazer maior efetividade ao processo e reprimir e desestimular o uso indevido do processo pelo réu, já que a pena meramente pecuniária e a possibilidade de ressarcimento das perdas e danos, não se mostram suficientes.

É inegável que o maior mérito da hipótese aqui prevista é de neutralizar os males do tempo, de molde a conferir celeridade na concessão do bem da vida pleiteado em juízo, a viabilizar sua imediata execução.

Segundo OLIVEIRA (1996, p. 204-205):

[...] a aplicação do inciso II do artigo 273 encontrará campo propício por ocasião da prolação da sentença de primeiro grau, ou quando o processo chegar ao juízo de apelação, momentos em que se poderá aferir se está havendo abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório [...] nesta hipótese, a antecipação, em essência, importará afastar o efeito suspensivo normal do recurso, permitindo-se a realização prática do determinado no provimento judicial recorrido.

4.12.2.4 A Antecipação Liminar de Tutela Específica

A antecipação liminar de tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer vem disciplinada no §3º do artigo 461 do Código de Processo Civil, sendo possível sua concessão quando for relevante o fundamento da demanda e - cumulativamente, portanto - houver justificado receio de ineficácia do provimento final.

A natureza jurídica da medida liminar aqui capitulada é protetiva, a medida em que a antecipação se justifica visando a proteção do bem da vida, ensejado pelo *periculum in mora*.

Trata-se, como as demais, de uma medida essencialmente provisória, haja vista ser concedida por meio de cognição sumária.

4.12.3 A Irreversibilidade do Provimento trazido por Ordem Liminar de Tutela Antecipatória

Em sede liminar, a problemática que surge acerca da vedação da concessão da antecipação quando da irreversibilidade da medida, não é diferente da que já fora abordada.

Porém, neste caso, temos uma situação de gravame. Como deverá comportar-se o juiz que é obrigado a correr o risco de causar prejuízo irreversível em qualquer decisão que tome? Exatamente isto, em uma situação colocada *sob iudice*, em que as duas soluções são irreversíveis.

É o que sucede, por exemplo, conforme enuncia o Ministro Eduardo Ribeiro, na apreensão de jornais. Ou se concede a liminar, e o direito estará plenamente satisfeito, não havendo como se recolher a edição; ou não se concede, e o direito terá sido irreparavelmente sacrificado, pois de nada adianta o jornal circular daí a muitos dias (RTDP 3/123).

Voltando a melhor solução para o caso posto em discussão no início do presente apontamento, acerca da criança que necessitava de transfusão de sangue, vedada por motivo religioso; utilizando-se do expediente de antecipatória de tutela em sede liminar *inaudita altera pars*, a rigor não pode haver processo sem contraditório, mas é perfeitamente viável a possibilidade de concessão de liminar de tutela antecipada sem contraditório, que pode ser postecipado para permitir a efetividade da tutela dos direitos. E a irreversibilidade – nesses casos extremos – é corolário da concessão da liminar da antecipação de tutela, sendo manifestação do princípio do artigo 5, inciso XXXV da constituição, que roga o princípio da efetividade da jurisdição.

Segundo BEDAQUE (2001, p. 325), “[...] a antecipação dos efeitos da tutela final, em princípio reversíveis, mas irreversíveis, excepcionalmente, representa medida destinada a garantir a efetividade do processo, dotando-o de utilidade e eficiência.”

4.12.4 A Decisão sobre a Concessão da Tutela Antecipatória e o Princípio da Proporcionalidade como Forma de Harmonizar os Valores dos Bens Jurídicos Envolvidos

Frente à problemática do risco de irreversibilidade dos efeitos fáticos da tutela antecipatória, a melhor solução – e mais sensata – é seu confronto com o princípio da proporcionalidade.

Para MARINONI (1998, p. 172), o princípio da probabilidade não pode desconsiderar a necessidade da ponderação do valor jurídico dos bens em confronto, pois, embora o direito do autor deva ser provável, o valor jurídico dos bens em jogo é elemento de grande importância para o juiz decidir se antecipa tutela nos casos em que há risco de prejuízo irreversível ao réu.

E segundo LARENZ (1989, p. 411) o princípio da proporcionalidade é aplicado justamente quando o problema consiste em determinar onde se situa o limite da satisfação lícita de um interesse à custa de outro também digno de tutela.

A solução nos é, assim, trazida por MARINONI (1998, p. 326) “[...] a tutela antecipatória não poderá ser concedida quando puder causar um dano maior do que aquele que pretende evitar, vale dizer, ainda que provável o direito do autor, não se admite a antecipação de efeitos que impliquem dano irreversível a valores mais relevantes da parte contrária.”

Segundo ORIONE NETO (2000b, v. 1, p. 174-175):

[...] trata-se da forma de garantir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, pois só se justifica a prevalência de um direito fundamental sobre outro, à luz do uso adequado e concreto do princípio da proporcionalidade, de molde que a concessão liminar da tutela não redunde em *periculum in mora inverso* para o réu.

LARENZ (1989, p. 491) indica que “[...] a ponderação de bens deve ser feita no caso concreto, uma vez que não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela.”

Nos casos extremos de colisão de direitos fundamentais, em que a única medida para evitar dano irreparável ao direito do autor seja a antecipação de efeitos irreversíveis, deve-se adotar algumas medidas de salvaguarda a fim de preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais. A primeira delas, sugerida pela melhor doutrina, trata-se da caução idônea e suficiente a assegurar o ressarcimento daquele que vier a sofrer os efeitos da antecipação; a segunda alternativa é a condenação em perdas e danos.

Sintetizando o pensamento, usamos da lição de ORIONE NETO (2000b, v. 1, p 177):

[...] a flexibilização desse requisito negativo se mostra adequada apenas para a hipótese do inciso I, do artigo 273 do CPC. No caso do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu – hipótese do inciso II do artigo 273 – não parece conveniente antecipar efeitos irreversíveis, pois inexiste risco de dano irreparável ao direito do autor, ao passo que a parte contrária poderá ter sua esfera jurídica comprometida definitivamente, sem a adequada cognição [...] na hipótese do inciso II somente se antecipam efeitos reversíveis.

Ausente o risco de dano, não há conflito de valores a justificar o abandono dessa exigência legal.

4.13 Especificidades

4.13.1 O Princípio da Inafastabilidade Como Garantia do Direito à Tutela Urgente

Nas lições do Mestre Kazuo WATANABE (1995, p. 21), é do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional têm sido extraídas as garantias de direito de ação e do processo, o princípio do juiz natural e os deles decorrentes. Tem-se entendido que o texto constitucional, em sua essência, assegura uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação de justiça, abrangendo tanto das situações processuais como das substanciais. Assim, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, por estar vinculado ao princípio do devido processo legal, expressa não apenas o direito de ação, mas especialmente, à obtenção de uma tutela jurisdicional adequada às necessidades do direito material.

Vê-se, nos ensinamentos de ORIONE NETO (2000b, v.1, p. 222-225) que o direito à adequada tutela jurisdicional é princípio imanente a qualquer Estado de Direito. Suprimir o Direito Constitucional à liminar, por exemplo, é o mesmo que legitimar a autotutela privada. Nota-se assim, claramente que a efetividade do processo caminha na razão proporcional inversa do uso arbitrário do poder. Denota, assim, que a atividade jurisdicional não pode desenvolver-se de forma incompleta, truncada, escamoteada, limitada em seus objetivos primários e essenciais, consistente em julgar, dando a cada um o que é seu, quer *initio litis*, de forma provisória, quer no julgamento final. Indica ainda que como a função jurisdicional é plena e goza do mais amplo espectro quanto à sua finalidade e objetivo, e

acima de tudo, é fundamental no Estado Democrático de Direito, qualquer tipo de restrição a sua concessão, a título liminar ou antecipado, é indisputavelmente inconstitucional, mesmo que tal motivo justificador seja o interesse público.

A partir de tal ponderação, nota-se que as leis infraconstitucionais não poderiam demarcar qualquer tipo de limitação a efetivação da justiça, ainda que a título liminar ou antecipatório, sendo as regras processuais que mitigam tal direito, declaradamente inconstitucionais.

Nas próprias palavras de ORIONE NETO (2000b, v. 1, p. 224)

[...] a legislação infraconstitucional, portanto, ainda que possa delimitar o direito da ação, estabelecendo condições para o seu exercício, bem como disciplinar os procedimentos, não pode, sob pena de lesão ao princípio constitucional, impedir o direito de ação, negar o direito de postulação de uma tutela urgente, ou ainda, porque resultaria no mesmo, estabelecer procedimento, cognição e provimento inadequados a uma determinada situação conflitiva concreta.

Conclui o assunto o professor MARINONI (2004, p. 114) indicando que a busca da efetividade do processo é necessidade que advém do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, indissociavelmente ligado ao *due proces of law*, e ínsito no princípio da inafastabilidade, que é garantido pelo princípio da separação dos poderes, e que constitui princípio imanente ao próprio Estado de Direito, aparecendo como contrapartida à proibição da autotutela privada, ou ao dever que o Estado se impôs quando chamou para si o monopólio da jurisdição. Nesse contexto, as tutelas de urgência – como por exemplo as medidas cautelares, tutela antecipatória, mandado de segurança – nada mais são do que instrumentos necessários para a realização de um direito constitucional – que de maneira algum pode ser limitado ou restringido por regramento infraconstitucional.

4.13.2 Fungibilidade entre as Tutelas de Urgência

Depois da reforma de 1994, que trouxe consigo a introdução formal e sistematizada da tutela antecipada em nosso diploma processual, muito tem se preocupado a doutrina em fazer a devida diferenciação entre esta e a tutela cautelar que lhe procedeu e até

mesmo foi utilizada como válvula para a consecução de tutela urgente satisfativa, através da ampliação do poder geral de cautela.

Decerto, não se pode negar a diferença essencial, no regime jurídico processual brasileiro entre elas: a tutela cautelar nasce de um estado de urgência e exige um procedimento especial, de cognição sumária, com intuito de assegurar de forma não satisfativa, o direito alegado pela parte que, uma vez assegurado, poderá ser alvo de cognição exauriente em procedimento ordinário, este sim, buscando sua satisfatividade; enquanto a tutela antecipatória dela difere, uma vez que conta com diferentes pressupostos, mais rigorosos, exige do magistrado um diversificado e mais rigoroso levantamento sobre as causas objetivas e subjetivas que levam a parte requerê-la por intermédio de uma cognição também sumária, e visa a obtenção daquilo que a parte viria a conseguir somente no final do procedimento normal, antecipando de forma satisfativa a tutela ao próprio direito afirmado.

Porém, conforme exaustivamente demonstrado, ambas derivam do mesmo gênero – das tutelas de urgência: e porquanto, apresentam semelhanças como de encerrarem uma decisão que antecipa algo que está, contudo, instrumentalmente ligado ao provimento final; ambas possuem natureza protetiva do direito ameaçado de lesão; adquirem caráter de perdurar por certo tempo (temporária uma e provisória a outra); e exigem o uso de técnicas de cognição sumária.

Assim, segundo Barbosa MOREIRA, (1983, p. 112) “[...] não fica excluída a possibilidade de nos depararmos com hipóteses situadas numa zona cinzenta, ou faixa de fronteira, onde se torna difícil saber com precisão em que território se está pisando.”

A doutrina fala em alguns motivos que fazem surgir tal dificuldade, como por exemplo: o ranço deixado pela prática anterior a 1994 com a utilização das impropriamente denominadas cautelares satisfativas; a ligação de parte da doutrina nacional à doutrina européia; a distribuição equivocada dos dispositivos no Código... Tais dificuldades acabam por criar situações extremamente prejudiciais aos jurisdicionados, pois, entre os próprios aplicadores do direito, como advogados, juízes, doutrinadores, por diversas forma, discordam da natureza de certas medidas que se pode requerer através das tutelas de urgência.

Por tal motivo, diversas vezes se viu o indeferimento de medida de urgência por erro na escolha do rito por formalismo exagerado, o qual não poderia ocorrer, tendo em vista que se está frente a um direito que se encontra em risco eminente de dano irreparável.

A boa doutrina, frente a tais situações, já vinha se inclinando a ensinar a se deixar de lado o rigorismo excessivo para deferir a tutela urgente em tais casos e após, sendo o caso, proceder-se na devida adequação. O risco de dano irreparável, fundamento constitucional encontrado no artigo 5, inciso XXXV da CF, deve sempre se sobrepor a qualquer questão meramente processual.

Ademais, há de se ressaltar que a tutela antecipatória não veio com a finalidade de restringir a tutela de urgência, mas sim para ampliá-la, a fim de garantir que nenhum risco de grave dano, seja ao processo, seja ao direito material, se torne irremediável e se transforme em obstáculo ao gozo pleno e eficaz da tutela jurisdicional.

Revelou-se então, a necessidade de novas reformas com o objetivo de desburocratizar, simplificar, agilizar e principalmente, buscar a instrumentalidade do processo para com a realização do direito material. E foi neste diapasão que a lei 10.444/02, entre outros feitos, introduziu o § 7º ao artigo 273 do Código de Processo Civil, trazendo ao nosso sistema processual o fenômeno da fungibilidade das tutelas de urgência.¹²⁴

A exposição dos motivos da lei mostra-se clara nesse sentido ao dizer que “a redação proposta para o § 7º atende ao princípio da economia processual, com a adoção da fungibilidade do procedimento, evitando à parte a necessidade de requerer, em novo processo, medida cautelar adequada ao caso.”

Assim, quando o autor fizer pedido de antecipação de tutela, mas a providência requerida tiver natureza cautelar, deve o juiz adaptar o requerimento e transformá-lo em pedido cautelar incidental. Deve o juiz, no mesmo, atentar se estão presentes os pressupostos exigidos para adoção de medida cautelar, antes de concedê-la.

Para NERY JUNIOR e ANDRADE NERY (2004, p. 460) a recíproca deve ser considerada como perfeitamente cabível. Isso quer dizer que se a parte ajuizar ação cautelar que tenha objeto que deveria ser pedido em sede de tutela antecipada, deve o juiz considerá-lo como pedido de tutela antecipada. Devendo ser observado se presentes estão os requisitos que ensejam tal medida.

A previsão legal da fungibilidade entre as tutelas de urgência demonstra claramente a atual preocupação em se adequar o processo civil aos reclamos sociais por sua efetividade, e para que seja, realmente, meio garantidor de acesso à justiça.

¹²⁴ §7º “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

4.13.3 Aspectos Diferenciais entre Tutela Cautelar e Antecipatória

Somente a título de sistematização das coincidências e diferenças, visto que os institutos já foram devidamente descritos ao longo deste capítulo, podemos considerar que a doutrina não é unânime no tocante a diferenciação entre tutela cautelar e tutela antecipada, variando de doutrinadores que entendem ser mínima a diferença e alguns que citam extremas diferenças.

O primeiro inciso do artigo 273 do Código do Processo Civil, que prevê hipótese de urgência, ou seja, do perigo da demora, como um dos elementos ensejadores da antecipatória, é o que mais se aproxima da tutela cautelar – pois nesta, é elemento do próprio mérito, imprescindível à sua realização. Este *periculum in mora* ainda assim se difere entre as tutelas, conforme já demonstrado.

Na tutela antecipatória dá-se a antecipação dos efeitos da tutela definitiva, que na verdade, coincide com o bem da vida almejado pelo autor, é a tutela satisfativa nos planos dos fatos, já que realiza o autor obtém, ainda que provisoriamente, é a admissão de seu pedido mediato, e não do seu pedido imediato, já que este último somente na sentença é que será apreciado.

Já em relação a tutela cautelar, segundo MARQUES (1997, v. 4, p. 381):

[...] é o conjunto de medidas de ordem processual destinadas a garantir o resultado final do processo de conhecimento, ou de processo executivo [...] no processo cautelar, visa-se garantir outro processo, e indiretamente, a pretensão que dele é objeto. O processo cautelar é meio e modo para garantir, complexivamente, o resultado de outro processo, por existir o *periculum in mora*.

E neste mesmo sentido leciona FERREIRA (2000, p. 132):

[...] a tutela cautelar destina-se a assegurar a eficácia (prática) do processo de conhecimento ou de execução, não se concebendo, portanto, o próprio bem da vida almejado, mas apenas assegurando que, uma vez reconhecido juridicamente o cabimento de tal pretensão, aí sim, o bem da vida seja entregue, sendo isto possível porque a eficácia prática da sentença foi protegida, acautelada.

A tutela antecipada trata do próprio direito objeto da ação, enquanto que a tutela cautelar consiste num meio colateral de ampará-los.

A tutela antecipada será postulada dentro do próprio processo, na petição inicial, ou a qualquer tempo. Portanto, não é requerida através de processo autônomo. A tutela cautelar é requerida em processo próprio, sendo o terceiro gênero da jurisdição.

Para a concessão da tutela antecipada faz-se necessária a conjugação de dois requisitos gerais, prova inequívoca e verossimilhança da alegação, além de um específico – dependendo da situação. Já na tutela cautelar, exige-se tão somente o *fumus boni iuris* (a alegação e a percepção da existência de um direito), além do citado perigo da demora – genericamente considerado, não apenas vinculado ao tempo, mas a qualquer situação que possa levar ao perigo de dano.

Expressando outra diferença FERREIRA (2000, p. 132, grifo nosso):

[...] no artigo 273 a preocupação é com a irreparabilidade ou sua difícil reparação, enquanto no artigo 798 fala-se em lesão grave, como se fosse possível admitir a concretização de uma lesão menos grave. Na tutela antecipada, concede-se o bem da vida para evitar a imprestabilidade da decisão final, na cautelar, apenas se protege o bem da vida almejado para evitar a imprestabilidade da decisão final.

Além do exposto, verifica-se que a tutela antecipada é provisória, enquanto que a tutela cautelar é temporária. A distinção dos conceitos de provisoriedade e temporariedade é colocada por Ovídio da SILVA (1998, p. 49-58) com base na doutrina de Calamandrei, mostrando que temporário é simplesmente aquilo que não dura sempre, sem que se pressuponha a ocorrência de outro evento subsequente que o substitua, enquanto o provisório, sendo como o primeiro também é alguma coisa destinada a não durar para sempre, porém, ao contrário daquele, está destinado a durar até que sobrevenha um evento sucessivo que o torne desnecessário. Afirma ainda, utilizando-se do exemplo de Lopes da Costa que os andaimes são temporários, e não provisórios, pois devem permanecer até que o trabalho exterior de construção seja ultimado, sendo porém, definitivos no sentido de que nada virá substituí-los.

4.13.3.1 Cautelar Satisfativa e Tutela Antecipada

O surgimento do instituto da tutela antecipada não abortou a discussão existente na doutrina a respeito da existência ou não de cautelares de natureza satisfativa, existente em nosso ordenamento jurídico.

Segundo Ovídio da SILVA (1998, p. 27):

[...] há contudo, inúmeras formas de proteção jurisdicional em que o ato do juiz, ainda que dê segurança não aprecia o eventual direito da parte, não contendo declaratividade, menos ainda, condenatoriedade quanto à relação jurídica acautelanda e, não obstante, a prestação jurisdicional independe de um futuro juízo onde a pretensão assegurada tenha de ser apreciada, com *res deducta*. Precisando melhor: a tutela cautelar é outorgada com autonomia, de modo a que a relação jurídica acautelada poderá tornar-se litigiosa e, pois, objeto de um processo futuro, se e na medida em que as partes a colocarem como *res deducta* (lide desse novo processo). Não há qualquer necessidade de tal processo.

Embora polêmica, nota-se a posição interessante de alguns doutrinadores que apesar de considerarem-na uma verdade aberração jurídica, reconhecem a existência delas, pretendendo sua substituição pela tutela antecipada.

Assim, por exemplo, no pedido de busca e apreensão de menores – quando este é mantido em poder do pai, tendo sido a guarda concedida para mãe, não se precisa de nenhuma posterior ação de conhecimento, já que seu direito está certificado, por isso ela só pede uma medida cautelar satisfativa, que liminarmente ou apenas sumariamente receberá o estado de coisa a que tem direito. Nessa situação, observa Calmom PASSOS (1993, p. 230) a tutela cautelar: “[...] é satisfativa porque há tutela definitiva, insuscetível de ser posta como objeto de um processo de conhecimento, visto como a certificação já ocorreu [...] só é admissível quando não exista outro meio de assegurar a efetividade da futura tutela fora da antecipação dessa.” Assim, a observa como uma anomalia, de forma que a satisfatividade da cautelar é uma exceção.

Conclui-se portanto, que a tutela antecipada, de caráter satisfativo, ao ser regulada em nosso ordenamento, abarcou todas as hipóteses antes atingidas pelas cautelares inominadas, que algumas vezes eram concedidas pelos tribunais devido a relevância do direito requerido, e na maioria das vezes rechaçadas, baseando-se na idéia de que a cautelar não poderia ter o conteúdo de satisfatividade.

Porém, as ações cautelares encontradas em nosso diploma processual civil, e assim denominadas como a busca e a apreensão, continuam independento de processo principal, e apesar de cautelares têm conteúdo satisfativo, devendo pois, serem encaradas como exceções.

PARTE 3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DO MAGISTRADO POR DENEGAÇÃO OU CONCESSÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA

3. 1 A Jurisdição Enquanto Dever do Estado

3.1.1 O Direito a Jurisdição

A jurisdição, como direito fundamental previsto constitucionalmente, traz para o cidadão o direito de exigir a sua prestação do Estado. Segundo Carmem Lúcia Rocha (apud TEIXEIRA, 1993, p. 33) o direito à jurisdição apresenta-se em três fases que se encadeiam e se complementam, a saber: a) o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; b) a eficácia e prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição; e c) a eficácia da decisão jurisdita.

Tratar-se-á precisamente da eficiência e prontidão da resposta do Estado da prestação jurisdicional.

A justiça é almejada no instante em que se vislumbra pôr fim a um conflito de interesses. Desse modo, busca-se o Judiciário como o escopo de que esta questão seja resolvida, pois está trazendo danos para alguém e precisa ser solucionada. O direito a tutela jurisdicional ou direito a ação é, como indica o nome, um direito de prestação, porque consiste em obter do Estado essa especial prestação que é a proteção dos direitos violados ou ameaçados de violação.

Uma vez que a jurisdição não é oferecida em tempo razoável, o objeto da demanda perde o seu sentido, ocorrendo o gravame da causa ou até a falta de interesse por parte dos jurisdicionados.

A liberdade não pode esperar, porque enquanto a jurisdição não é prestada, ela pode estar sendo afrontada de maneira irreversível; a vida não pode esperar, porque a agressão ao direito à vida pode fazê-la perder-se; a igualdade não pode aguardar, porque a ofensa a este princípio pode garantir a discriminação e o preconceito; a segurança não pode esperar, pois a tardia garantia que lhe seja prestada pelo Estado terá concretizado o risco por vezes com a só ameaça que torna incerta todos os direitos (ANTUNES, 1993, p. 37).

Incontestável que o acesso à justiça brasileira é restrita pela falta de conhecimento ou crédito no sistema judiciário. Porém, este é um direito fundamental assegurado na Constituição de

1988, que, ao garanti-lo, concede que este seja exercido de forma segura, célere e eficaz. Sendo assim, o direito à jurisdição deve ser encarado como o direito público subjetivo constitucionalmente assegurado ao cidadão de exigir do Estado a prestação daquela atividade. A jurisdição é, então, de uma parte, direito fundamental do cidadão, e outra, dever do Estado.

Nas sábias palavras de Antônio Carlos de Araújo CINTRA, Ada Pellegrini GRINOVER e Cândido Rangel DINAMARCO (1997, p. 129):

Dizer que a jurisdição ao mesmo tempo poder, função e atividade. Como poder é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade e decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização de direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz, no processo, exercendo o poder e cumprimento a função que lhe compete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).

3.1.2 A Discricionariedade do Juiz na Concessão de Tutelas de Urgência

Denomina-se poder discricionário o poder de escolher dentro de certos limites, a providência que adotará, tudo mediante a consideração da oportunidade e da conveniência, em face de determinada situação não regulada expressamente pela lei.

A questão relativa à discricionariedade na concessão de tutelas de urgência já fora amplamente debatida no capítulo anterior, sendo que podemos sintetizar a discussão nos seguintes pontos: se existe poder discricionário do juiz em conceder a tutela de urgência, seja liminarmente ou não; em caso positivo, onde reside esta discricionariedade: na possibilidade do juiz determinar as medidas que julgar adequadas; na tarefa de verificar se estão presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, para depois decidir se concede ou não à medida, de forma liminar ou ao final da ação cautelar; ou em ambas as hipóteses acima mencionadas? (LARA, 1994, p. 104).

Ao analisar este assunto, LARA (1994, p. 104) indica que existe discricionariedade por parte do juiz na possibilidade de determinar as medidas que julgar adequadas. Não há discricionariedade quando se trata da análise dos elementos constitutivos, isto é, do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*.

Malgrado os pressupostos da tutela de urgência não possam ser precisados objetivamente pelo aplicador da lei, nem por isso o significado do *fumus boni iuris* e do *periculum*

in mora envolvem discricionariedade, mas sim, interpretação de conceito indeterminado ou vago, que são produto da impossibilidade prática ou simples dificuldade técnica do legislador de enunciar com toda a nitidez o poder cautelar do juiz. Neles há uma tarefa interpretativa, sendo que esta liberdade nunca poderá confundir-se com o poder discricionário, visto que se trata de um poder vinculado, onde só uma solução se pode considerar exata e legal.

É certo que não é tarefa fácil do julgador, precisar o sentido de um conceito vago ou indeterminado, especialmente no tocante à concessão de uma liminar *inaudita altera parte*, que demanda uma apreciação urgente, contando o juiz com os poucos elementos trazidos exclusivamente pelo requerente. É, pois, necessário, o juiz agir com prudência, equilíbrio e parcimônia, de molde a evitar o *periculum in verso*.

Portanto, o juiz não tem discricionariedade de escolher entre conceder ou não a tutela de urgência se verificar que os elementos necessários à sua concessão estão presentes.

Em suma, se estes estiverem presentes, o juiz tem o dever de conceder a tutela, bem como a obrigação de indeferi-la se os ausentes.

Mesmo frente à doutrina que defende ampla discricionariedade, pregando que a discricção que permite o juiz determinar as medidas que julgar adequadas assume proporções quase absolutas, conferindo a norma ao magistrado um poder puro, idêntico ao do pretor romano, com a escolha da providência, não podendo, no entanto, criar o direito material, mas podendo criar a providência tutelar de urgência, esteja ela prevista ou não na lei (LACERDA, 1998, p. 135, 157-158). Vale ressaltar que existe um limite ao juiz nesta escolha da providência, qual seja, o pedido da parte. O juiz não pode agir de ofício, dependendo, pois, do pedido da parte. E somente poderá determinar medidas de ofício, nos casos de tutela urgente, quando amparado pelo artigo 797 do CPC. E num segundo ponto, não pode a parte fazer um pedido genérico, visto que toda e qualquer pretensão deduzida em juízo deve ser determinada.

3. 2 Das Responsabilidades Frente Concessão ou Denegação de Tutelas de Urgência

3.2.1 A Responsabilidade Objetiva do Estado-Juiz e Subjetiva do Magistrado

A Responsabilidade do Estado encontra-se disciplinada no artigo 37, §6º da CF nestes termos “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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”, trazendo, pois, capitulado o que entendemos como responsabilidade objetiva do Estado.

Trata-se, pois, de responsabilidade objetiva por danos causados no exercício do múnus público, prescindindo a reparação de culpa ou dolo por parte do causador do dano. Reparte-se de modo equitativo os encargos sociais.

A responsabilidade do Estado também compreende os atos dos juízes, incluindo, mais especificamente, os atos inerentes ao exercício da jurisdição. Para responsabilização do Estado, basta ficar demonstrado o nexo de causalidade entre o dano ocorrido e o ato do juiz, sendo irrelevante, neste caso, perquirir-se a conduta dolosa ou culposa do mesmo.¹²⁵ A responsabilidade objetiva do Estado também compreende aquela oriunda de defeitos do serviço judiciário, bem como a obrigação de reparar os erros judiciários, genericamente considerados, ressalvados casos de excludentes, já mencionados.

Mas, para além da responsabilidade objetiva do Estado – regra no ordenamento pátrio, por ser estabelecido em norma constitucional – abarcando-se, inclusive, os atos jurisdicionais, há ainda previsão expressa, na mesma letra normativa, da obrigação da Fazenda Pública ingressar com ação de regresso contra agente responsável, nos casos de ocorrência de dolo ou culpa.

Não tendo sido feita qualquer restrição, todos os agentes devem ser aqui abarcados, incluindo-se, pois, os magistrados, que conforme amplamente demonstrado, não se excluem do rol da categoria de servidores públicos, sendo assim, responsáveis administrativa, criminal e civilmente pelos atos praticados no exercício de sua função.

A divergência reside no tocante à espécie de responsabilização, e seu grau de incidência sobre os atos jurisdicionais dos magistrados. Ou seja, o magistrado deve ser atingido nos termos da responsabilidade aquiliana, prevista constitucionalmente, ou há uma responsabilidade específica, isto em face à previsão do artigo 133 CPC e do artigo 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional?

Isto porque, aquém do preceito constitucional, que indica responsabilidade no caso de culpa (genericamente considerada, por não existir qualquer restrição) e dolo, o direito positivo brasileiro prevê, desde o Código de Processo Civil de 1939, a responsabilidade pessoal do juiz, que encontra aplicação somente em casos restritos.

¹²⁵ Mesma previsão é feita no artigo 43 do Código Civil, que prevê a responsabilidade dos agentes nos casos de dolo e culpa, não sendo feita qualquer observação, anotação ou restrição.

Se acaso a responsabilidade mais restrita for considerada, é evidente que estaremos diante de flagrante desrespeito ao preceito constitucional, pois é irracional imaginarmos lei processual e/ou orgânica promover restrição à matéria constitucional. Assim, segundo discutido e demonstrado, a nosso ver, tais normais infraconstitucionais não foram recepcionadas pela Constituição Cidadã de 1988.

3.2.1.1 A Responsabilidade Subjetiva do Magistrado

Na atual sistemática legislativa, a responsabilidade pessoal do juiz está prevista no artigo 133 do Código de Processo Civil, bem como no artigo 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), com textos praticamente idênticos, sendo o preceito do diploma adjetivo, *in verbis*:

Responderá por perdas e danos o juiz quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único: reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no n. II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido entro de dez dias.

Trata-se de uma responsabilidade mais ampla do Estado, de caráter objetivo, em relação à restrita responsabilidade subjetiva pessoal do magistrado. A responsabilidade pessoal do juiz acrescenta-se, pois, a do Estado, jamais podendo substituí-la.

A majoritária doutrina e a jurisprudência converge para a admissão da responsabilidade pessoal restrita às hipóteses do artigo 133 do CPC, apontando que, em havendo regulamentação específica da responsabilização, não há porque considerar a genericamente apontada do artigo 37, §6º da CF; ainda mais em se tratando de ato jurisdicional do Magistrado.

Indicando ainda, a doutrina majoritária, que configurada os elementos desta responsabilidade – subjetiva - fica facultado a parte ou acionar o Estado ou acionar diretamente o juiz, através da responsabilidade civil. Ou ainda, conforme prefere parte da

doutrina, acionar os dois solidariamente. Sendo que no caso de acionado o Estado, este poderá entrar com ação de regresso em face ao funcionário que deu causa a indenização¹²⁶.

De acordo com regulado em nosso diploma processual, a responsabilidade pessoal do magistrado, de forma geral – e neste caso, incluindo-se as referentes às tutelas de urgência - ocorre em duas formas: a primeira delas, quando o juiz, ao conceder ou denegar a tutela, agir com dolo ou fraude (artigo 133, I CPC). E na segunda hipótese quando sem justo motivo, o juiz recusar, omitir ou retardar providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte (art. 133, II do CPC); sendo que seu parágrafo único edita a responsabilidade pessoal do juiz com nítida feição correccional. Expressando, pois, uma penalidade do magistrado em não cumprir os deveres do seu cargo (punição disciplinar). Assim, o parágrafo único acaba por inutilizar tal preceito às concessões tutelas de urgência, pois ao prever um prazo de dez dias, sucumbe o caráter urgente da tutela. E a nosso ver, infelizmente, restringe ainda mais a responsabilização do magistrado, que em nosso ordenamento, conforme já demonstrado neste trabalho, tem sua função acobertada por uma verdadeira redoma protetiva.

Malgrado a responsabilidade pessoal do juiz nos casos de concessão ou denegação de tutelas jurisdicionais ocorra indistintamente em todos os tipos de processos, ela acaba ganhando maior importância nos casos referentes à concessão ou não das ações envolvendo a urgência – notadamente liminares, antecipatórias de tutela e ações cautelares, visto que frente ao constante conflito entre segurança da decisão e a efetividade da tutela jurisdicional, nas últimas décadas, a segunda alternativa tem se imposto sobre a primeira. Essa vitória, entretanto, demanda a prudência na utilização dos meios de cognição sumária e superficial.

Trata-se de situações em que o juiz concede a tutela após um exame superficial ou sumário da demanda. Aliás, por esta razão, maiores deverão ser os cuidados do juiz para que, de um lado, não negue a tutela de urgente, e por outro, não conceda de modo aleatório, causando danos indevidos ao requerido.

Assim, o juiz para concedê-la deverá tomar todas as precauções no sentido de preservar a sua reversibilidade (em face de seu caráter provisório ou temporário, de acordo com cada medida), isto é, não pode permitir que o requerido tenha contra si uma decisão de natureza definitiva antes de terem sido esgotadas todas as vias recursais. Mais do que isto, conforme visto, para que o requerido não sofra danos indevidos, sempre que existir tal risco, deverá o juiz fixar caução real ou fidejussória a ser oferecida pelo requerente, de modo a

¹²⁶ Note-se, porém, que não é a inteligência do preceito constitucional, que é claro em indicar o Estado como responsável pelos atos de seus agentes no exercício no múnus público; devendo ser acionado o Estado, em ação indenizatória de responsabilização, que somente após execução, terá a dever de ingressar com regressiva contra o servidor faltoso, no caso deste ter agido com dolo ou culpa.

garantir que, ocorrendo os mencionados danos, estes poderão ser ressarcidos pelo próprio requerente (LASPRO, 2000, p. 277).

Caso, contudo, seja proferida decisão que venha a causar dano ao requerido, e não tenha sido oferecida caução idônea a fim de garantir o ressarcimento, responderá o juiz subsidiariamente pelos prejuízos causados, sendo certo que o dever de ressarcir acentua-se nos casos em que a tutela foi concedida violando a legislação em vigor (por exemplo, inobservância dos condicionantes do mérito ou pressupostos de concessão) (LASPRO, 2000, p. 278).

As medidas judiciais *inaudita altera parte* devem ser consideradas como absolutamente excepcionais e, como regra, somente admissíveis naquelas situações em que exista um fundado e iminente receio de que o requerido venha a causar ao requerente dano irreparável ou de difícil reparação. De fato, a garantia do contraditório, ainda que sumário e produzido na fase postulatória, constitui importante mecanismo para evitar o abuso nos requerimentos das liminares.

Assim sendo, se de um lado o juiz tem condições de revogar o provimento que anteriormente concedeu, preservando, na medida do possível o contraditório, e impor o retorno da relação material ou processual ao estado anterior e, do outro, eventual reparação de prejuízo causado ao requerido está amplamente assegurada através da caução oferecida, dificilmente terá o juiz que responder eventual dano causado à parte. Caso, contudo, o juiz deixe de atender e cumprir esses requisitos legais não se pode duvidar que foi imprudente ou negligente assumindo o risco do dano, daí nascendo sua responsabilidade (LASPRO, 2000, p. 278).

Evidentemente que a responsabilidade do juiz neste caso não pode ser levada as últimas conseqüências, ou seja, nestas situações específicas em que o sistema obriga o julgamento de urgência, deve-se sempre ter em mente o conceito do bom profissional, pois, em caso contrário, estar-se-ia, criando um paradoxo, exigindo-se do juiz decisões de maior risco e, em contrapartida, uma maior responsabilidade, sem levar em consideração os aspectos concretos da demanda.

Há de se atentar ainda, que a responsabilidade pessoal do juiz não pode ser dimensionada sem que se proceda ao indispensável equacionamento com o princípio do livre convencimento motivado do juiz, trazido no artigo 131 CPC. É sabido que além da independência política, o magistrado ainda conta com independência jurídica, a qual retira o magistrado de toda subordinação hierárquica no desempenho de suas atividades funcionais: o juiz se sujeita somente à lei. Não havendo nenhuma responsabilização deste nos casos de simples erros de interpretação das leis em seus julgamentos, visto que caso ocorresse, tal fato

traria a morte do direito, uma vez que cessaria o pendor para a pesquisa, estiolando-se a formação de novos conceitos e princípios.

Assim, tanto o Código de Processo Civil, no artigo 133, I quanto a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, no art 49, I¹²⁷, fixam a responsabilidade do juiz quando aja com dolo ou fraude, não cogitando da hipótese de simples erro de interpretação de leis em seus julgamentos.

Portanto, o entendimento doutrinário que preconiza a responsabilidade civil do juiz, no caso de concessão da tutelas de urgência quando esta era incabível, ou vice e versa, figura-nos incorreto, porque implicaria num juízo de valor sobre o desempenho das atividades funcionais do juiz, com graves prejuízos ao princípio do livre convencimento motivado do magistrado.

Na jurisprudência é entendimento corrente que “[...] quando o juiz profere uma sentença injusta, mas de boa-fé, embora cause dano à parte, tem esta direito de exigir-lhe nenhuma indenização.”¹²⁸

Embora não corroboramos com tal orientação, a responsabilização, no diploma processual, enquadra-se como subjetiva (isto é, sendo necessários os elementos objetivos e os subjetivos), na restrita modalidade de dolo ou fraude, ficando escusa pois, de responsabilização pessoal, a culpa *stritu senso*, haja vista que tal imprudência, negligência ou ainda imperícia ficam respaldadas pela independência funcional e jurídica, bem como pelos caracteres de urgência e *summario cognitio* das tutelas urgentes, respondendo neste caso, apenas o Estado e/ou o autor da ação, frente à responsabilização objetiva a que os mesmos estão sujeitos.

O professor NANNI (2000, p. 116), de maneira coerente, justificando o porquê do tratamento diferenciado concedido aos magistrados, indica que a responsabilidade civil destes não é ilimitada, mas sim, restrita, justamente com a finalidade de assegurar a liberdade para julgar sem qualquer receio, podendo livremente interpretar as leis e valorar os fatos e provas; e as fls. 118 indica que:

[...] as regras especiais vão desde garantias indispensáveis à função jurisdicionais, passando por óbvio, pelas regras destinadas à direção do processo, já que o agente designado e incumbido de distribuir à justiça, possuindo o monopólio da prestação jurisdicional, além de outros fatores inseridos no seio desta atividade, que por si só, demonstram sua peculiaridade, além é claro, de sua responsabilidade civil também diferenciada.

¹²⁷ Lei Complementar nº 35/79 – Lei Orgânica da Magistratura Nacional: sobre responsabilidade civil dos Magistrados, artigo nos mesmos termos que o artigo 133, I do CPC.

¹²⁸ TARS 2ª CC Apel 8716, rel Juiz Alfredo Zimmer, Julgs, do TARS 17/168.

Assim, segundo tal raciocínio, esta regulamentação não fere o princípio da igualdade e da isonomia, uma vez que o melhor entendimento destes é tratar igualmente os iguais, e por óbvio, desigualmente os desiguais, sendo os magistrados revestidos dos preceitos da independência e livre convencimento, em face representarem um órgão constitucionalmente investido.

Desta maneira, considerando o preceito constitucional, bem como a sistemática de nosso ordenamento, podemos sistematizar a responsabilização do magistrado, bem como do Estado, da seguinte forma:

3.2.1.2 Responsabilidade por Erro Judiciário na Concessão ou Denegação de Tutela de Urgência

Neste caso, como já visto, o erro judiciário é assim chamado porque a decisão jurisdicional configura um erro *in judicando*; é cabível a ação regressiva contra o prolator da decisão, salvo a comprovação do erro invencível, plenamente justificado pelas circunstâncias. Bem como ação direta contra o Estado, bastando, pois, os elementos da responsabilização objetiva.

Em geral, as circunstâncias de urgência e cognição sumária, acabam justificando o eventual equívoco que pode incorrer o magistrado, porém, não podem servir como escusas ao engodo.

Neste diapasão, criticando a exorbitante proteção dada aos magistrados, CAPPELLETTI (1989, p. 22, destaque do autor), sobre a situação na Itália que levou a aprovação da Lei 117/88, indica que:

[...] não era concebível que na Itália pudesse se perpetuar um sistema judiciário carente, ao mesmo tempo, de profissionalidade e responsabilidade: ou seja, um ordenamento no qual os juízes, tendo assumido a magistratura em séria aprendizagem e avançado na carreira substancialmente com fundamento apenas na antiguidade, ficassem, outrossim, completamente imunes de responsabilidade perante as partes e outros sujeitos prejudicados por atos ou omissões viciadas de culpa, inclusive gravíssima do magistrado, enquanto a própria responsabilidade disciplinar era extremamente limitada, seja no plano da ação (com apenas dois órgãos centrais legitimados a agir), seja no do Juiz (com apenas um órgão investido daquela que é chamada, expressivamente, uma forma de justiça doméstica e cooperativa).

É certo que nosso sistema jurídico reclama providências urgentes nesta área de responsabilidade civil do Juiz e que como na Itália de Cappelletti, seja atribuída aos magistrados uma maior responsabilidade pelos seus atos, responsabilizando-os de forma direta pelos seus erros.

Essa preocupação tem sido de grande relevância, não só no sistema jurídico brasileiro, mas também nos diversos do mundo, tanto que, na Reunião da União dos Magistrados, realizada em outubro de 1980 em Tuni, o assunto mereceu profundos estudos, notadamente com relação à responsabilidade civil direta do juiz, em geral, originada por atos praticados no exercício de suas funções. A maioria dos seus membros considera, além disso, que o magistrado pode ser responsável pelas conseqüências civis de seus delitos, como qualquer outro cidadão.

Assim, muito embora o ordenamento constitucional não faça qualquer restrição a responsabilização por dolo ou culpa; doutrina e jurisprudência convergem para enquadramento da responsabilização por erro judiciário, tão somente nas hipóteses em que fora demonstrada fraude e/ou dolo; salvo estas, não há de se falar em responsabilização pessoal, restando pois, apenas, a rescisória para desconstituição de sentença, ou agravo frente a liminar / antecipatória interlocutória, visando comprovação do erro para posterior ajuizamento da indenizatória para contabilização do dano e demonstração do nexo causal, frente ao Estado, dada sua responsabilidade objetiva.

3.2.1.3 Funcionamento Anormal da Atividade Jurisdicional – Retardamento da Prestação da Tutela de Urgência

3.2.1.3.1 Anormal Funcionamento

O processo atingido de forma isolada por omissão do magistrado e/ou demais serventuários da justiça pode ter sua decisão retardada, gerando, pois, em face a necessidade urgente da medida, possível dano pelo não acautelamento em tempo hábil.

Neste ponto, a verificação do elemento dolo (ou fraude) se faz necessário para invocação da responsabilização pessoal do agente, sendo que conforme visto, a culpa *stritu sensu*,

acaba sendo mera forma de responsabilização disciplinar, haja vista que conforme capitulado no parágrafo único do artigo 133 do CPC, o prazo de dez dias acaba sendo incoerente com a urgência exigida neste tipo de tutela, tornando o inciso II letra morta frente a este tipo de petição.

Ressalte-se, porém, que a parte deverá (mesmo não atingida a responsabilidade pessoal por negligência, e imprudência) representar aos órgãos correccionais da magistratura, caso configure-se o retardamento sem justo motivo por parte do magistrado, para que seja atingido o objetivo de punição pela conduta indevida, buscando um maior controle funcional¹²⁹ (neste sentido, versam o artigo 189 do CPC – referente aos prazos legais para promulgação de decisões¹³⁰; bem como o artigo 35, II da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, acerca do dever do magistrado quanto à observância dos prazos¹³¹).

Note que a responsabilidade objetiva do Estado se mantém, bastando, pois, a comprovação do dano e o nexa causal, por parte do demandante, para que a mesma se configure.

Contudo, dentro de toda sistemática apresentada no trabalho, abalizada pelo preceito constitucional que prevê a culpa como elemento de responsabilização suficiente para ingresso de ação regressiva, entendemos, que no caso de retardamento dos prazos por injusto motivo, a responsabilização do magistrado também é aferível; haja vista, que notadamente, em tutelas de urgência, o tempo torna-se o maior inimigo da efetividade.

3.2.1.3.1 Anormal Funcionamento Estrutural

O acúmulo de processos, a precariedade instrumental e a deficiência e restrito número de serventuários e funcionários da justiça, não raras vezes, acabam por tornar ainda mais moroso o ritmo processual.

Neste caso, enquanto função imperial do estado, a prestação jurisdicional, caso se dê em desconformidade com os prazos legais, deverá ser cobrada a título de responsabilidade objetiva do Estado, caso traga prejuízo a qualquer das partes; haja vista que não pode o agente

¹²⁹ Artigo 198 do CPC – Qualquer das partes ou o órgão do Ministério Público poderá representar ao presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei [...]

¹³⁰ Artigo 189 do CPC – O Juiz proferirá: I – os despachos de expediente, no prazo de dois dias; II – as decisões, no prazo de dez dias.

¹³¹ Artigo 35 da LOMAN – São deveres do magistrado [...]; II. Não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III – determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais.

(magistrado ou qualquer outro), assumir as responsabilidades de um sucateamento originado por falta de investimentos por parte do aparelho Estatal.

3.2.1.4 *Inobservância (ou Má Observação) dos Elementos de Mérito e Demais Requisitos Necessários para Concessão e ou Denegação da Tutela de Urgência*

Conforme bem ponderado, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, são considerados elementos essenciais às Tutelas de Urgência (quando não mérito, no caso das ações cautelares); sendo que se presentes, não se trata de ato discricionário do juiz a concessão, mas sim, ato vinculado. Isto é, se devidamente configurados e apresentados, tem o magistrado o dever de conceder a tutela (bem como se ausentes, denegá-la), sob pena de estar agindo de forma imprudente.

Assim sendo, mesmo considerando o princípio do livre convencimento do juiz (como prerrogativa da independência funcional e política), a não observância a este critério, gerará, sim, responsabilização pessoal do mesmo caso haja com intuito doloso de prejudicar ou beneficiar qualquer (ou ambas) as partes (bem como terceiros envolvidos); responsabilização por imprudência (que se configura pela ação de forma precipitada, decidindo, por exemplo, sem as devidas precauções); e, até mesmo por negligência (no caso de decidir sem sequer analisar os autos).

Da mesma forma, há responsabilização se deixar de observar qualquer dos requisitos específicos essenciais para concessão da tutela, como é o caso, por exemplo, do rol de elementos necessários para que seja configurado o arresto¹³², expressos no artigo 813 e 814 do CPC; ou ainda dos requisitos para antecipação de tutela¹³³.

¹³² Artigo 813 do CPC = O arresto tem lugar: I – quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado; II – quando o devedor, que tem domicílio, a) se ausente ou tenta ausentar-se furtivamente; b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta por os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores; III – quando o devedor, eu possui bens de raiz, intenta aliená-lo, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com alguns, livre e desembargados, equivalentes às dívidas; IV – nos demais casos expressos em lei.

Artigo 814 CPC – Para a concessão do arresto é essencial I – a prova da dívida líquida e certa; II – prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no artigo antecedente [...].

¹³³ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Porém, frente ao previsto no artigo 131 que roga “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formara o convencimento”, uma vez concedida ou denegada a liminar, estando plenamente fundamentada a decisão, não será o mesmo responsabilizado por má interpretação da lei, conforme já apontado¹³⁴.

Caberá aqui, não apenas intentar a responsabilidade disciplinar, mas também a responsabilidade civil, cumprindo o legalmente prescrito, devendo pois, serem demonstrados os elementos configuradores da responsabilidade subjetiva, que originará um vínculo pessoal de responsabilidade do prolator da decisão.

Há ainda, pleno entendimento da responsabilização objetiva do Estado caso configurado danos ao requerente e o nexo de causalidade entre este dano e a ação ou omissão jurisdicional do Estado; sendo esta responsabilização independente da configuração da subjetiva do magistrado.

3.2.1.5 Ausência de Fundamentação da Decisão sobre Tutela de Urgência

Estabelece o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal que “todos os julgamentos do órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões sob pena de nulidade”. Assim, decisões de qualquer espécie, interlocutórias ou terminativas, que não forem devidamente embasadas, são nulas. Devendo a parte agravar ou apelar da decisão visando sua anulação e buscando nova apreciação; bem como, caso sofra prejuízos, invocar a responsabilização do magistrado por negligência, e a responsabilidade objetiva do Estado frente à má jurisdição ofertada.

Desta forma, despachos comuns na práxis forense que rogam “Concedo frente aos elementos apresentados”; ou “Denego por insuficiência de elementos” tornam a decisão nula, visto que por se tratar de uma emergente situação de perigo, as tutelas de urgência acabam tendo maior repercussão indenizatória, devendo magistrado competente demonstrar em sua plenitude os motivos que o levaram a decidir, demonstrando os fundamentos e os elementos técnicos do pedido que serviram ao seu convencimento, ou que estando ausentes, justificaram a denegação.

¹³⁴ Salvo, a nosso ver, quando promove não observação de preceito legal (age ao arripio da lei); e ou, promove criação normativa (usurpando assim, a função jurisdicional).

Bem como, veda-se expressamente o sobrestamento de feitos, no caso de ações cautelares às principais, visto se tratar de expressa supressão de juízo; uma vez serem essas completamente autônomas e independentes, tendo objetos em lide diversos; convergindo doutrina e jurisprudência neste entendimento.

3.2.2 Pacificação Legal para o Tema de Responsabilização Subjetiva do Magistrado

Considerando que o preceito constitucional esculpido no artigo 37, §6º versa sobre a possibilidade de regresso do Estado em face ao agente faltoso nos casos de ação deste com dolo ou culpa, conforme visto, trazendo a responsabilidade aquiliana sem qualquer restrição, a nosso ver, o diploma processual civil e a lei orgânica da magistratura não possuem escopo para realizar a restrição da responsabilização somente para os casos de fraude ou dolo (inciso I, do artigo 133 do CPC), ou culpa grave (por retardamento demasiado da prestação jurisdicional - inciso II, do mesmo artigo).

Desta feita, frente à necessidade de se atribuir uma responsabilização específica aos magistrados, considerando estes atuarem frente a uma situação especial, necessário que a lei específica traga uma previsão mais extensiva, atingindo ambos casos de responsabilização constitucional, quais sejam, o dolo e a culpa em sentido *latu*.

A exemplo do ocorrido na Itália, quando da aprovação da lei 117, em 1988, após referendun popular; o Projeto de Lei 5056, apresentado pelo Deputado Neuton Lima do PTB de São Paulo no ano de 2005, procurava trazer esta regulamentação de forma extensiva, alterando pois a redação do artigo 133 do CPC, acrescentando a responsabilização civil por culpa grave. Seu projeto, mantinha a restrição, em face ao caráter especial da atividade jurisdicional, porém, regulamentava as chamadas situações de culpa grave, nas quais o magistrado poderia ser acionado, caso incorresse em uma das previsões.

O projeto, assim, trazia pacificação às divergências entre a inteligência do texto constitucional e os entendimentos doutrinários e jurisprudências; uma vez que o magistrado não poderia ser alvo de qualquer demanda indenizatória (sendo alvo de insatisfações desmedidas das partes); mas também não agiria de maneira inconseqüente e desmedida, tendo responsabilidade atribuída nos casos de dolo, retardamento infundado e culpa grave.

A culpa grave estaria configurada nas situações em que houvesse violação de lei ou negligência inescusável; afirmação acerca de existência de fato cuja inexistência fora

comprovada nos autos; negação da existência de fato comprovado; ou adoção de medida privativa de liberdade sem fundamentação.

Tal projeto¹³⁵ foi baseado na lei italiana, praticamente transcrevendo seu texto na íntegra..

A justificação, que seguiu junto ao projeto, demonstra o inconformismo com uma Justiça Irresponsável, a qual presenciamos e vivenciamos no dia-a-dia. Tais apontamentos sucintos e claros, demonstram a necessidade de responsabilização dos agentes responsáveis pela Justiça em nosso ordenamento¹³⁶.

¹³⁵ Projeto de Lei 5056 de 2005.

Do Senhor Neuton Lima

Altera o artigo 133 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei altera o art. 133 da Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil.

Art. 2º O art. 133 da Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 133. Responde por perdas e danos o juiz quando:

I – proceder com culpa grave, dolo ou fraude no exercício de suas funções;

II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

§ 1º Reputar-se-á verificada culpa grave do juiz se houver:

I – grave violação de lei por negligência inescusável;

II – afirmação acerca de existência de fato cuja inexistência seja manifestamente comprovada por ato do procedimento;

III – negação acerca de existência de fato cuja existência seja manifestamente comprovada por ato do procedimento;

IV – adoção de medida privativa de liberdade da pessoa sem motivo legal que a fundamente.

§ 2º Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não atendê-la o em 10 (dez dias).

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

¹³⁶ Busca-se, com a presente proposição, determinar que juízes e magistrados em geral sejam civilmente responsabilizados por perdas e danos provocados às partes por ato ou omissão praticados em decorrência do exercício da função jurisdicional com culpa grave, que se reputaria verificada quando houver: I) grave violação de lei por negligência inescusável; II) afirmação acerca de existência de fato cuja inexistência seja manifestamente comprovada por ato do procedimento; III) negação acerca de existência de fato cuja existência seja manifestamente comprovada por ato do procedimento; IV) adoção de medida privativa de liberdade da pessoa sem motivo legal que a fundamente.

Com efeito, a realidade nos mostra que não é mais possível a sociedade suportar repetidos erros judiciais cometidos por culpa grave de juízes e magistrados. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado no sentido de se estabelecer que estes sejam civilmente responsabilizados por danos e prejuízos provocados às partes quando se verificar grave violação de lei por negligência inescusável, afirmação ou negação acerca de existência de fato cuja respectiva inexistência ou existência tenha sido manifestamente comprovada por ato do procedimento ou ainda adoção de medida privativa de liberdade da pessoa sem motivo legal que a fundamente.

Adotada a presente medida legislativa, teriam as partes prejudicadas a possibilidade de se voltarem contra o próprio Estado e lhe exigir a reparação civil pelas perdas e danos provocados por culpa grave de juízes e magistrados, pouco importando que, se agindo por esta via, também enfrentem novas dificuldades. Só o fato de se demandar já representaria uma forma de pressão legítima e de dar publicidade ao inconformismo com a Justiça desvirtuada.

Diante do exposto, solicito o apoio dos nobres Pares para aprovação da presente proposição.

NEUTON LIMA.

Contudo, infelizmente, não fora este a percepção e o enfoque tidos pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, da Câmara Federal dos Deputados, que em sessão, na data de 31 de janeiro de 2007, acatou o parecer do relator Deputado Darci Coelho, que argüiu pela inconstitucionalidade do projeto legislativo, lastreado principalmente, no fundamento de serem os magistrados agentes políticos, e portanto, não enquadradas suas ações nas responsabilizações genéricas – dos agentes públicos – trazidos pelo artigo 37, §6º da CF.

O voto, acatado pelos membros da comissão, levou ao arquivamento daquele que prometia ser a solução à irresponsabilidade dos atos dos juízes (ANEXO A).

Com uma fundamentação equivocada, apegada em conceitos e justificativas já ultrapassados, conforme vimos no decorrer de nosso trabalho, a responsabilização jurisdicional do magistrado manteve-se restrita e limitada por preceito infraconstitucional, que a nosso ver não atende as perspectivas da realidade social.

Assim, em nome de uma independência e liberdade de decisão, continua-se a revestir o judiciário com o manto da irresponsabilidade, considerando que os preceitos capitulados no código adjetivo e na lei orgânica, em face às tutelas de urgência, podem ser considerados letra morta, uma vez que algo urgente não pode esperar; o tempo é seu inimigo; mantendo-se assim, o conceito de justiça efetiva distante do que é aplicado em nossos fóruns e tribunais.

3.3 Remédios Judiciais Frente à Concessão e Denegação de Tutelas de Urgência

3.3.1 Em Face a Decisões Interlocutórias (Liminares e Antecipatórias de Tutela)

3.3.1.1 Recursos Próprios

Entendida como necessariamente vinculada à atuação do juiz, quando confrontado com pedido de deferimento de medida liminar e/ou antecipatória, de plano se abre, quer no caso de concessão, quer no caso de denegação, todo um amplo arsenal de instrumentos de irrisignação, para a parte que se julgue prejudicada.

Compreendendo a atividade do juiz também como uma atividade submissa à lei, e portanto, se o juiz não concede quando deveria fazê-lo, ou concede quando não deveria, na verdade o que ele está, pura e simplesmente, é infringindo o padrão de legalidade, surgindo a possibilidade da inconformidade por parte daquele que se julgue prejudicado.

De conformidade com o artigo 162 do CPC os atos do juiz são classificados como sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Consoante os parágrafos 1º e 2º do artigo 162 “sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”, e decisão interlocutória é “o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”. No caso, é por óbvio que as liminares (em sentido genérico) e as antecipatórias de tutela não põem termo ao processo, sendo pois decisões interlocutórias, por excelência. Assim sendo o *remedium iuris* apto e adequado para concessão ou denegação é certamente o agravo de instrumento, que a partir de agora passamos a analisar.

3.3.1.2 Cabimento de Recurso de Agravo de Instrumento com Efeito Suspensivo para os Casos de Concessão da Liminar e Tutela Antecipatória

Inicialmente, há de se ressaltar que o agravo retido não tem o condão de conceder a liminar. Visto que de nada adiantaria ao recorrente aguardar a sentença de mérito e, só depois, quando da interposição do apelo, reiterar o agravo retido nas razões ou contra razões de apelação (artigo 523, parágrafo 1º do CPC).

Excluída a possibilidade de interposição do agravo retido, não há dúvidas que o recurso cabível é o de agravo de instrumento. Ocorre que o recurso de agravo, em geral não era apto a impedir dano à parte, visto que não era previsto seu efeito suspensivo. Tal distúrbio fora corrigido pela promulgação da lei 9139/95, que alterou substancialmente o *modus operandi* do agravo de instrumento, possibilitando a concessão do efeito suspensivo, a teor do artigo 527, II cc/ art 558 do CPC¹³⁷.

¹³⁷ Artigo 527, II CPC – Poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de provisão jurisdicional de urgência ou houver perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação, remetendo os respectivos autos ao juízo da causa, onde serão apensados aos principais, cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente.

Artigo 558 do CPC – O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento da turma ou câmara.

Assim, ao se conceber a possibilidade de suspensão da decisão recorrida, “em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação”, desde que “relevante à fundamentação”, dotou o recurso de agravo de instrumento de efeito suspensivo, sendo que em face de ser este o recurso apto, não mais se admite o processamento da ação de mandado de segurança com pedido de atribuição de efeito suspensivo ao agravo, nem mesmo nos casos de flagrante ilegalidade, visto que o agravo é o remédio idôneo e adequado a conferir efeito suspensivo contra todas as decisões de conteúdo positivo, portanto, concessiva de liminares em sede de tutela cautelar.

Neste entendimento temos o Enunciado nº 267 das Súmulas predominantes do STF: “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”. Igualmente o artigo 5º, inciso II da lei 1533/51 dispõe “não se dará mandado de segurança quando se tratar de despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais.

Do exposto conclui-se que, em se tratando de decisão concessiva de liminar e tutela antecipada, o remédio jurídico adequado é o recurso de agravo de instrumento com efeito suspensivo.

3.3.1.3 Cabimento de Recurso de Agravo de Instrumento com Efeito “Ativo” ou de Mandado de Segurança para os Casos de Denegação de Liminares ou Tutelas Antecipadas Interpostas Perante o Juízo de Primeiro Grau

Trata-se de uma situação bem mais complexa que a anterior. É que o artigo 558 CPC fala apenas em “suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara”. E em se tratando de denegação das tutelas de urgência supra indicadas, rigorosamente o que não há são efeitos de qualquer decisão a serem suspensos. É curial que sendo a decisão de conteúdo negativo, ela não comporta cumprimento a ser suspenso, visto que não produziu resultado concreto algum.

O que se coloca em pauta aqui é o seguinte questionamento: poderá o autor obter a decisão e urgência pedida, e denegada pelo juiz de primeiro grau, no bojo do próprio agravo de instrumento interposto perante o tribunal? A doutrina mais balizada tem apontado duas soluções para a questão aventada.

A primeira solução é comungada por Tereza Celina de Arruda Alvim WAMBIER (1996, p. 246-249), defende do uso do mandado de segurança contra a decisão de conteúdo negativo, dada à ausência de mecanismo próprio e hábil, no interior do sistema recursal, para impedir a consumação da lesão.

Já o segundo entendimento é trazido pelo Prof. Eduardo TALAMINI, (1995, p. 133-134): Com tudo isso, quer-se chegar ao seguinte ponto: a simples possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao agravo, nos casos em que haja relevância e urgência, não eliminará a utilização do mandado de segurança contra ato jurisdicional. Restariam sempre os casos em que não se busca o que se poderia chamar de “ativo”. Assim deveria ser interpretada teleologicamente o novo artigo 558 do CPC, entendendo-se que ele autoriza não só a concessão “do cumprimento da decisão” agravada, mas também a própria concessão antecipada da providência negada pelo órgão *a quo* e que se busca através do recurso.

Neste mesmo entendimento Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, (1977, p 802) pregam que quando a decisão agravada tiver conteúdo negativo, como por exemplo, no caso de o Juiz de primeiro grau indeferir pedido de liminar, pode o relator conceder a medida pleiteada no primeiro grau, por aplicação extensiva do CPC, art 527, II, combinado com o artigo 558 do CPC. Entendem ainda, que a parte pode optar pela impetração do mandado de segurança para obter a liminar denegada pelo juiz.

3.3.2 Em Face a Sentenças (Ações Cautelares)

3.3.2.1 Apelação

O processo cautelar, como processo que é, desenvolve-se até uma decisão final. Neste caso, encerra-se sempre por uma sentença, seja quando acolhe ou rejeita o pedido da medida preventiva, seja quando o extingue por inoccorrência do mérito processual, ou ainda quando julga lastreado no artigo 810 CPC, por declaração de prescrição ou decadência.

Em face às decisões terminativas, o recurso apto é sempre a apelação, conforme artigo 513 do Código Processual Civil.

Segundo THEODORO JUNIOR (1977, p. 395), a particularidade está em que a apelação, em face sentença do processo cautelar, opera-se somente no efeito devolutivo

(artigo 520, n. IV); isto é, enquanto medida preventiva produz imediatamente toda sua eficácia, mesmo que a parte vencida venha a interpor a apelação.

Somente no caso previsto na Lei 7969, de 1989, que trata de ação cautelar que importe condenar a Fazenda Pública a promover reclassificação ou equiparação de servidores públicos, bem como a concessão de aumento ou a extensão de vagas a ditos servidores, é que o diploma legal impõe o dever de proclamar *ex officio* o efeito suspensivo à decisão.

3.3.2.2 Recurso Extraordinário e Recurso Especial

Via de regra, não se admite recursos extraordinários ao Supremo Tribunal Federal em processo cautelar, salvo em questões de ofensa à Constituição Federal.

De acordo com ensinamentos de THEODORO JUNIOR (1977, p 396), as hipóteses de manifesta divergência com a Súmula do STF ou de relevância da questão federal não mais autorizam o recurso extraordinário, conforme inteligência do artigo 102, inciso III da Constituição Federal.

Já em relação ao Superior Tribunal de Justiça, é possível a interposição de recurso Especial, após julgamento em segundo grau, quando houver enquadramento do fundamento nas previsões expressas pelo artigo 105, inciso III da Constituição¹³⁸.

3.3.2.3 Ação Rescisória

Chama-se rescisória à ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada. Em nosso ordenamento, encontra-se regulada nos artigos 485 a 495.

Embora a majoritária doutrina entenda não ser cabível a proposição de ação rescisória em face à sentença cautelar transitada em julgado, compactuamos com o

¹³⁸ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

entendimento de que, não havendo restrição legal a sua utilização em face as sentenças terminativas de urgência, não há de se falar em vedação.

A restrição se deve, nas palavras de BARBOSA MOREIRA (1998, v. 5, p. 111-112, destaque do autor),

Quanto ao processo cautelar, não parece impróprio falar-se de ‘mérito’, por oposição às preliminares referentes à matéria puramente processual ou às condições do regular exercício da ação cautelar. É evidente que esse ‘mérito’ não se confunde com o do processo principal, a que acede o cautelar, mas, guardada a distinção, pode-se dizer que o juiz profere ‘sentença de mérito’ toda vez que defere ou indefere a providência acautelatória pleiteada, por entender satisfeitos ou não, respectivamente, os seus pressupostos. Apesar disso, não se nos afigura admissível ação rescisória contra semelhantes decisões, por lhes faltar o requisito, a que pouco antes se aludiu, da idoneidade para produzir coisa julgada material.

Porém, não compactuamos com tal entendimento. Caso seja configurada uma das condições para interposição da rescisória¹³⁹, é direito daquele que se viu prejudicado pela decisão – transitada em julgado -, ingressar para ver o equívoco reparado. A doutrina que sustenta a não possibilidade da rescisória em cautelar, ainda argüiu pela falta de interesse de agir em decorrência do lapso temporal já ter levado a lesão (que a cautelar visa corrigir); não havendo interesse em se ver discutido novamente um assunto que já perdeu seu objeto.

Porém, nota-se que para configuração do erro judiciário, necessário se faz a demonstração do engodo ocorrido; daí a relevância da rescisória, que buscará apontar o exato caminho do erro, trazendo a tona, de maneira efetiva, a configuração do erro enquanto elemento de responsabilização, seja em âmbito objetivo ou subjetivo.

¹³⁹ A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1o Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2o É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

CONCLUSÃO

Ao encararmos a Jurisdição enquanto conduta indelegável do Estado, que frente ao seu poder de Império deve assegurar a tutela jurídica àqueles que buscam a solução justa da lide, é por óbvio que se desrespeitado este dever, termos configurada uma responsabilidade. Mais especificamente uma responsabilidade civil, um instituto que visa reparar o dano, fazendo recolocar-se o prejudicado no *status quo ante*, buscando-se assim o equilíbrio econômico-jurídico afetado. A evolução desta responsabilidade, ponderada em lei e por este motivo denominada “extracontratual”, encontra raízes nos Estados Absolutistas, onde predominava a teoria da completa irresponsabilidade, e chega aos dias de hoje amparada por teorias publicistas, que amplificam o enquadramento desta responsabilidade, bastando para sua constatação a relação de causalidade entre o comportamento comissivo ou omissivo do Estado (seja este lícito ou ilícito) e a efetiva lesão na esfera juridicamente protegida do administrado. Considerando ainda, que o agentes públicos também poderão ser responsabilizados, incorrendo os mesmos na Teoria da Responsabilidade Subjetiva, onde além do nexo e do dano potencial, deverá estar caracterizado o elemento subjetivo do tipo, qual seja, o dolo ou culpa. A ação poderá desta forma, ser intentada diretamente contra o Estado, e caso seja verificado dolo ou culpa do agente, o mesmo poderá ser acionado por intermédio de ação regressiva (do Estado), conforme nosso entendimento, ou ainda, segundo majoritária doutrina, ser chamado diretamente ao processo pelo lesado, através de ação em litisconsórcio.

A prestação jurisdicional, porém, exige um certo lapso temporal; ao ponto de (muitas vezes) prejudicar o escopo da lide, qual seja, de composição da situação no mesmo estado em que se achava ao ser postulada em juízo (efeito retroativo). Para que seja assegurado o desenvolvimento processual, institutos de Cautela foram criados, ganhando caráter asseguratório, temporário, autônomo e independente enquanto processo. Visto pois como uma medida de urgência, com objeto de garantir a segurança à própria jurisdição, para sua completa configuração, deverão estar presentes os elementos de mérito do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, analisados sob uma cognição sumária – de mera plausibilidade e razão emergencial de perigo; bem como, em reforma no ano de 1994, o código adjetivo teve incorporado em sua estrutura o instituto da Tutela Antecipada, regulamentado no artigo 273, que traz um adiantamento (por meio de uma retro-projeção) do próprio objeto pleiteado na

lide, satisfazendo-se a parte – pelo menos de forma provisória; visando assim, repartir o ônus do lapso temporal, trazendo maior efetividade ao processo.

Tidas as tutelas de urgência como ações verdadeiramente emergenciais, a concessão de liminares é o aparato saneador mais urgente dentro destas. Assim, a faculdade ofertada aos magistrados de concessão das mesmas, apresenta-se como verdadeira obrigação a partir do momento que analisamos a estruturas dessas, que em seu sumário procedimento exige maior serenidade e agilidade de decisões para atingir o escopo de medida protetora. E quando há denegação destas, de maneira a ameaçar ou tornar irreparável o dano, ou ainda concessão de maneira indiscriminada, sem devida análise dos elementos de mérito e requisitos específicos; o órgão jurisdicional deverá certamente ser responsabilizado enquanto poder estatal (responsabilização objetiva), não obstante da responsabilização do agente público, caso comprovada culpa *lato sensu*.

Para responsabilização do Estado basta ficar demonstrado o nexo de causalidade entre do dano ocorrido e o ato do juiz, sendo irrelevante, neste caso, perquirir-se a conduta dolosa ou culposa. A responsabilidade objetiva do Estado também compreende aquela oriunda de defeitos do serviço judiciário, bem como a obrigação de reparar os erros judiciários. Por sua vez, a responsabilidade do Magistrado é mais restrita, necessitando que seja comprovado, além dos requisitos da responsabilidade objetiva, que o mesmo agiu com dolo ou culpa.

Evidentemente a responsabilidade pessoal do juiz neste caso não pode ser levada às últimas conseqüências, ou seja, nestas situações específicas em que o sistema obriga o julgamento de urgência, deve-se sempre ter em mente o conceito do bom profissional, pois, em caso contrário, estar-se-ia, criando um paradoxo, exigindo-se do juiz decisões de maior risco e, em contrapartida, uma maior responsabilidade, sem levar em consideração os aspectos concretos da demanda. Não se defende, por óbvio, uma irresponsabilidade, a criação de um manto protetor, mas sim, que o mesmo responda na exata proporção de seu ato, devendo certamente ser responsabilizado, em questões como o anormal funcionamento da atividade jurisdicional de maneira singular; erro judiciário mediante dolo ou fraude; inobservância dos elementos de mérito e demais requisitos, e ausência de fundamentação de decisões. A nosso ver, não basta a responsabilização expressa no artigo 133 do Código de Processo Civil, reproduzida no artigo 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, visto que, conforme demonstrado, estes não formam recepcionados pela Constituição Federal de 1988, uma vez que, afrontam o capitulado em seu artigo 37, §6º, que reza a responsabilidade objetiva do Estado, que deve acionar o agente faltoso, via regresso, quando demonstrado ação permeada

por dolo ou culpa. Constitucionalmente não fora feita qualquer restrição em relação aos elementos subjetivos; assim, não poderia, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, legislação infraconstitucional restringir a responsabilidade apenas às situações de dolo, fraude e culpa em sentido limitado (como no caso de excesso de prazo, sem fundado motivo, expresso no inciso II do artigo 133 do CPC).

Assim, os magistrados são responsáveis na mesma proporção que os demais agentes públicos, em face aos atos no exercício de seu múnus público; não sendo admitida qualquer limitação ou restrição, sob argumentação da independência ou da livre interpretação e apreciação de provas; salvo no caso de lei que regulamente, de forma extensiva, tal responsabilização, a exemplo do que pretendia o arquivado Projeto de Lei nº. 5056 de 2005.

Enquanto tal regulamentação não ocorre, vemos doutrinadores e principalmente nossos ilustres Desembargadores convergindo para manter sob o judiciário - e seus pares - o manto da irresponsabilidade.

A partir do que fora analisado, não se busca de maneira alguma o completa discussão a respeito do tema, que de maneira atual demonstra a visão estrutural da ciência jurídica, com constante evolução de seus institutos. A sólida construção doutrinária acerca da responsabilização do Estado-Juiz e do Magistrado é certamente um dos maiores expoentes da efetivação do Estado Democrático de Direito, que mais que garantir o acesso a Justiça, efetiva a responsabilização, caso esta seja prestada de maneira a causar desequilíbrio na ordem social.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 87, v. 751, p. 32-50, maio 1998.

_____. Responsabilidade civil no novo Código Civil. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 36, ed. esp., p. 86-90, maio 2004.

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Segurança jurídica e fundamentação judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 32, n 149, p. 52-70, jul. 2007.

ALMEIDA, Luís P. Moitinho de. **Responsabilidade civil dos advogados**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: WVC [19--].

ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade civil do Estado por atos dos agentes dos poderes legislativo, executivo e judiciário**. Campinas, SP: Bookseller, 2001. t. 1-2.

ALVIM, Arruda. Medida liminar: hipóteses de cabimento para sua concessão: eficácia da medida liminar, a caução e a responsabilidade por danos; revogação, caducidade, cassação e suspensão da liminar. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 14, n. 2, p. 15-30, dez. 1985.

_____. **Tutela antecipatória**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALVIM, Carreira José Eduardo. **Direito na doutrina**. Curitiba: Juruá, 2002. v. 3. cap. 16.

ALVIM NETO, José Manoel Arruda. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979. v. 5.

ANTUNES, Carmem Lúcia. **O direito constitucional à jurisdição**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ARAÚJO, Edmir Neto de. **A responsabilidade do Estado por ato jurisdicional**. São Paulo: Ed. Revista do Tribunais, 1981.

ARMELIN, Donaldo. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

ARRUDA, Kátia Magalhães. A responsabilidade do juiz e a garantia da independência. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 34, n. 133, p. 165-171, jan./mar. 1997.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura: algumas hipóteses de responsabilidade civil no Código de Processo Civil. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 44, p. 7-19, out. 1994.

BAHIA, Saulo José Casali. Responsabilidade civil por atos do juiz. **Revista dos Mestrados de Direito Econômico da UFBA**, Salvador, n. 3, p. 302-334, jul./jun. 1992/1993.

BARBALHO, João. **Constituição Federal brasileira comentada**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1924.

BARBI, Celso Agrícola. **Mandado de segurança**. 3. ed. rev., aum. e atual, de acordo com o código de processo civil de 1973 e legislação posterior. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. **Do mandado de segurança**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARROS, Hamilton de Moraes e. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 9.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina L. Batalha. **Cautelares e limiares**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1996.

BAUR, Fritz. **Estudos sobre tutela jurídica mediante medidas cautelares**. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris, 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. O Código modelo na América Latina e na Europa: relatório brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 113, p. 147-189, jan./fev. 2004.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do Juiz**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

BIONDI, Biondo. **Istituzioni di diritto romano**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1956.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 3. ed. atual. por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BUZAID, Alfredo. Da responsabilidade civil do juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 15-36, jan./mar. 1978.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Governo e magistratura**. Napoli: Morano, 1966. 2 v.

CALAMANDREI, Piero. **Eles: os juízes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALDERALE, Alfredo. La responsabilidad civil del giudice nel Diritto Comparato. **Revista Doutrinária**, Rio de Janeiro, ano 5, n. 5, p. 9-27, dez. 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz no Processo Civil Democrático. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 32, p. 33-46, nov. 2007.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Estudos de Direito Processual**. Uberaba: Rio Grande Artes, 1974.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra Almedina: 1993.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Fabris, 1989.

_____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. **A origem Romana da tutela antecipada**. São Paulo: Ltr, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Nápoles: Morano, 1958.

_____. **Derecho y proceso**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1971.

CARPI, Federico. A responsabilidade do Juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 20, n. 78, p. 123-132, abr./jun. 1995.

CARVALHO, Marcelo Ferra de. **Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**. 2002. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2002.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. t. 2.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 1.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo. Malheiros, 2000.

CENEVIVA, Walter. Responsabilidade dos juízes por danos causados às partes. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 43, p. 34-37, jun. 1994.

CHAVES, Rogério Marinho Leite. A responsabilidade do Estado-Juiz. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, Salvador, v. 21, p. 41-62, jan./dez. 1995.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: as relações processuais. São Paulo: Saraiva, 1943. v. 2.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução da 2. ed. italiana por J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva 1969. v. 6.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**: as relações processuais e a relação ordinária de cognição. Tradução de Paolo Capitanio, anotação: prof. Enrico Tullio Liebman, Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. (Org.). **Teoria geral do processo**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

_____.; _____.; _____. (Org.). _____. 13. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1997.

COLPANI, Tânia Mara. **Responsabilidade civil do Estado por atos do Juiz**. Rio Grande do Sul. 1998. Monografia – Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, 1998.

COSTA, Lopes da. **Medidas preventivas**. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

COTRIM NETO, Alberto Bitencourt. Da Responsabilidade do Estado por atos do Juiz em face a Constituição de 1988. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 49-66, jul./set 1992.

_____. Da responsabilidade do Estado por atos do juiz em face da Constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 1, p. 31-49, jan./mar. 1993.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 3. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2001.

COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. O papel do juiz: agente político do Estado Democrático de Direito. **Revista Justiça e Democracia: Revista Semestral de Informação e Debates**, São Paulo, n. 1, p. 132-146, jan./mar. 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970a.

_____. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1970b. v. 8.

_____. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 66, n. 230, p. 37-46, abr./jun. 1970c.

_____. **Direito Romano moderno**. São Paulo: Forense, 1986.

_____. **O Estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **O efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 1982.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo. Saraiva, 1996.

_____. **Elementos da teoria geral do Estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELGADO, José Augusto. Poderes, deveres e responsabilidade do juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 37-57, abr./jun. 1986.

_____. Poderes, deveres e responsabilidade do juiz. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 84, n. 301, p. 335-346, jan./mar. 1988.

DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 83, v. 710, p. 225-230, dez. 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DIAS, Aguiar José. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1-2.

DIAS, Francisco Barros. Inconstitucionalidade das normas impeditivas de liminares. **Revista AJUFE**, Brasília, DF, n. 32, p. 9-13, mar./jun. 1992.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

_____. **Da responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e aum. Forense, Rio de Janeiro, 1987. v. 2.

DÍAZ, Adrián Rentería. Discrezionalità del giudice o risposta corretta? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, n. 83, p. 128-164, jul./set. 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. O regime jurídico das medidas urgentes. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 49, n. 286, p. 5-28, ago. de 2001.

_____. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 7.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Liminar no mandado de segurança. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 18, n. 75, p. 82-86, jul./set. 1985.

DUARTE, Maércio Falcão. Ação cautelar e satisfatividade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 36, nov. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=866>>. Acesso em: 13 set. 2005.

ENCICLOPÉIA Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 33.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 8. t. 3.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 23, n. 66, p. 5-18, mar. 1996.

FEDERIGHI, Wanderley José. O dano moral causado por ato jurisdicional. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 53-66, maio/out. 1997.

FERNANDES, André Dias. Responsabilidade do Estado e do juiz por atos jurisdicionais na jurisprudência do STF. **Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 8, p. 301-308, abr. 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Willian Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentário à Constituição Brasileira**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. **Do processo legislativo**. 3. ed. São Paulo. Saraiva, 1995.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Responsabilidade civil do Estado juiz**. Curitiba: Juruá, 1995.

_____. **Liminares nas ações possessórias**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FISZMAN, Silva Rajsfeld. **Estudos sobre a atividade cognitiva do juiz na tutela antecipada**. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Da liminar do mandado de segurança. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 1, n. 23, p. 123-136, 1990.

FRANÇA, Fernando. **A antecipação da tutela ex officio**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi. Reparação do dano moral. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 33, p. 177-196, jun. 1990.

FRANCIULLI NETO, Domingos. O Juiz, a prestação jurisdicional morosa e a praga das liminares. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, ano 5, n. 2, p. 7-16, jul./dez. 2004.

FRIEDE, Roy Reis. **Aspectos fundamentais das medidas liminares em mandado de segurança, ação cautelar, ação civil pública, ação popular**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

_____. Medidas Cautelares e Liminares Satisfativas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 85, v. 731, p. 72-85, set. 1996.

_____. **Medidas liminares na doutrina e na jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GEHIEN, Eunice. **Responsabilidade civil do estado por atos do juiz**. Piracicaba, UNIMEP, 1999.

GONÇALVES, Roberto Carlos. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 9.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Responsabilidade do juiz brasileiro. In: _____. et al. **Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70 aniversário**. São Paulo: Saraiva, 1982.

GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Indenização do erro judiciário e danos em geral decorrentes do serviço judiciário**. São Paulo: Leud, 1995.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Poder judicial: la Institución Difil em momentos difciles (uma reflexión desde España). **Revista Jurídica de Buenos Aires**, Buenos Aires, p. 29-50, 1997.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

JESTAZ, Phillippe. **L'urgence et les principes classiques du Droit Civil**. Paris: Librairie Generale de Droit et de Jursiprudence, 1968.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 8. t. 2.

- LARA, Betina Rizatto. **Liminares no processo civil**. 2. ed. atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LASPRO, Orestes Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Coimbra: Almedina, 1997.
- LAZZARINI, Álvaro. Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos de seus agentes. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 23, n. 117, p. 8-26, mar./abr. 1989.
- LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 35, n. 138, p 55-63, abr./jun. 1998.
- LIEBMAM, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.
- LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, ano. 9, n 35, p. 24-67, abr./jul. 1984.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. 4. ed. atual. por José Santa Maria Serpa. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5.
- LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. Da responsabilidade pública por atividade judiciária no Direito Brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 100, v. 373, p. 127-153, maio/jun. 2004.
- MACEDO, Alexander dos Santos. Responsabilidade civil do juiz. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 58-64, 1997.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A questão dos limites no processo cautelar geral. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 72, n. 569, p. 13-30, mar. 1983.
- _____. Tutela antecipada: uma interpretação do art. 273 do CPC, na redação conferida pela Lei Federal nº 8.952, de 13.12.1994. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Org.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo/SP: Saraiva, 1996,
- MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. 4.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **A antecipação da tutela**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual civil**. Campinas, SP: Bookseller, 1997. v. 4.

_____. **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo: Millenium, 2000. v. 2.

MASSARENTE, Homero Morales. **Responsabilidade do Estado por atos do magistrado**. 2001. 243 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2001.

MAZAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 2.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t. 12.

MODESTO, Paulo. Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional. **Revista Jurídica**, Rio de Janeiro, n. 282, p. 78-92, abr. 2001.

MONTEIRO, Washigton de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

MONTERO AROCA, Juan. **Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del poder judicial**. Madrid: Tecnos, 1988.

_____. **Independencia y responsabilidad del juez**. Madrid: Civitas, 1990.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários do Código de Processo Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 5.

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: _____. **Temas de Direito Processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Responsabilidade do requerente de medida cautelar. **Ajuris**, Porto Alegre, n 27, p. 109-114, mar. 1983.

_____. **O novo Processo Civil brasileiro**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. Tutelas de urgência e efetividade do direito. In: _____. **Temas de Direito Processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NALIN, Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 41, p. 85-98, 2004.

NALINI, José Renato. **Uma nova ética para o juiz**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

_____. A humildade do juiz. **Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais**, Brasília, DF, v. 9, n. 95, p. 9-23, jul. 1997.

_____. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. O perfil da responsabilidade civil do juiz no Brasil. **Revista de Derecho del Mercosur**, Buenos Aires, ano 4, n. 5, p. 109-138, out. 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais**: teoria geral dos recursos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Atualidades sobre o processo civil**: a reforma do código de processo civil brasileiro de 1994 e 1995. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. v. 21. (Estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman).

_____.; NERY, Rosa Maria Andradade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**: atualizada até 01.08.1997. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

_____.; _____. _____. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____.; _____. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor**. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

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

NUNES, Rômulo José Ferreira. **A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**. São Paulo; Ltr, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Alcance e natureza da tutela antecipatória. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 23, n. 66, p. 202-210, mar. 1996.

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

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. **Das medidas cautelares nas questões de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no Processo Civil e legislação Processual Civil extravagante**. São Paulo: Lejus, 2000a.

_____. **Tratado das liminares**. São Paulo: Lejus, 2000b. v. 1. (Tratado das medidas de urgência).

_____. **Tratado das liminares**. São Paulo: Lejus, 2000c. v. 2. (Tratado das medidas de urgência).

_____. **Tratado das liminares**. São Paulo: Lejus, 2000d. v. 3. (Tratado das medidas de urgência).

PACHECO, José da Silva. **Evolução do Processo Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PANTALEÃO, Juliana F.; MARCOCHI, Marcelo C.. Indenização: erro judiciário e prisão indevida . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 416, 27 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5642>>. Acesso em: 14 jul. 2007.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Ações cautelares. **Revista da Faculdade de Direito da UFR**, Curitiba, v. 21, p. 40-48, 1983/1984.

_____. Até quando abusarás, o catilina? cautelares e liminares: catástrofe nacional. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 18, n. 71, p. 227-233, jul./set. 1993.

PASSOS, José Joaquim Calmon de; DINAMARCO, Cândido Rangel; SOUZA, Romildo Bueno. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **A questão das Liminares e o perecimento do direito**. Brasília, DF: CEJ, 1995. (Cadernos do CEJ, v. 10).

_____. **Inovações no CPC**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PASSOS, Lúcia Helena F. da Costa. Anverso & reverso. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, DF, n. 105, p. 75, maio, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1974.

_____. **Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 2.

_____. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PODETTI, Ramiro. **Derecho procesal civil comercial y laboral doctrina, legislación y jurisprudência**: tratado de las medidas cautelares. Buenos Aires: Ediar, 1956. v. 4.

PONDÉ, Lafayette. Responsabilidade civil do estado por atos do ministério público. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 152, p. 43-51, mar./abr. 1954.

PORTO, Mário Moacyr. **Temas de responsabilidade civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Acesso à justiça e efetividade do processo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

QUEIROZ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 97, p. 1-8, jul./set. 1969.

QUEIROZ, Ailton Pacífico. **Responsabilidade civil do juiz**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2001.

REIS, Clayton. Responsabilidade civil do magistrado na concessão de medida cautelar ex officio. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 28, n. 28, p. 173-188, 1994/1995.

RIGOLIN, Antônio. Das medidas cautelares. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 15, n. 57, p. 61-73, jan./mar. 1990.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 28, n. 111, p. 79-122, jul./set. 1991.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das coisas**. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 5.

_____. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 19. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v. 4.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua Danexi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev., alt. e atual. São Paulo: Freitas Bastos, 1984.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

SALAZAR, Alcino de Paula. **Responsabilidade do poder público por atos judiciais**. Rio de Janeiro: Est Sr Cnton Reille, 1941.

SANCHES, Sydney. **Poder cautelar geral do juiz no processo civil brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 3.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do Estado intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

SENTO-SÉ, João Nunes. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. 1974. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 1974.

_____. Responsabilidade civil do Estado-Juiz. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 82, p. 132-140, abr./jun. 1987.

SERRANO JUNIOR, Odoné. **Responsabilidade Civil do Estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 2-3.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos: teoria da responsabilidade unitária do poder público**. São Paulo: Saraiva, 1985.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **As ações cautelares e o novo Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. _____. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985. v. 11.

_____. _____. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. **Curso de Processo Civil: processo cautelar (tutela de urgência)**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998a. v. 3.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano- canônica**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998b.

_____. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA FILHO, Artur Marques. Juízes irresponsáveis? uma indagação sempre presente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 80, v. 674, p. 70-80, dez. 1991.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1985.

SOUZA, José Guilherme de. **A responsabilidade civil do estado pelo exercício da atividade judiciária**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 20, n. 80, p. 125-146, out./dez. 1995.

_____. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

TEIXEIRA, Sávio Figueira. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. São Paulo: Universitária de Direito, 1976.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 2.

_____. _____. 31. ed. São Paulo: Forense, 2005. v. 3.

_____. **Processo cautelar**. 23. ed. São Paulo: Leud, 2006.

THOMAZ, Fernão de C. Fernandes. Da irresponsabilidade à responsabilização dos juízes. **Revista da Ordem dos Advogados de Portugal**, Lisboa, ano 54, p. 489-503, jul. 1994.

TOLEDO, Ana Cláudia Sonogo de. **Tutelas de urgência para efetivação dos direitos dos idosos**. 2007. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço social, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2007.

TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d’urgenza: struttura e limiti della tutela anticipatoria**. Padova: CEDAM, 1983.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976. v. 1.

TRUJILLO, Elcio. **Responsabilidade do Estado por ato ilícito**. São Paulo: LED, 1996.

VELOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de Direito Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VIEIRA, Jair Lot. (Superv.). **Código de Hamurabi, Código de Manu-Excertos (Livros oitavo e nono), Lei das XII Tabulas**. Bauru SP: EDIPRO, 1994.

VIGORITI, Vincenzo. La responsabilitá del giudice in Itália. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 19, n. 75, p. 76-85, jul./set. 1994.

VILLAR, Willard de Castro. **Medidas cautelares**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e contratos**. 11. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A responsabilidade civil do Estado decorrente de atos jurisdicionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 77, v. 633, p. 34-42, jul. 1988.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Tereza Celina de Arruda Alvim. **O novo regime do agravo**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no Processo Civil**. São Paulo: Perfil, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

ZANCANER, Weda. **Da responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

ZAVASCKI, Teori Aloino. **Antecipação da tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. _____. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

ANEXO

ANEXO A – VOTO PARA ARQUIVAMENTO DO PROJETO DE LEI 5056/2005.

I - RELATÓRIO

Encontra-se nesta Comissão o Projeto de Lei no 5.056, de 2005, de iniciativa do Deputado NEUTON LIMA, para apreciação conclusiva acerca de sua constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e quanto ao mérito, nos termos regimentais.

A proposição em epígrafe cuida de alterar o texto do art. 133 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, definindo hipóteses em que se reputará verificada a culpa grave por atos e omissões praticados por juízes que, se ocorrentes, acarretariam a possibilidade de as partes lhes exigirem reparação civil por perdas e danos.

Consultando o andamento relativo à sua tramitação, observa-se que o prazo concedido para apresentação de emendas à iniciativa se esgotou sem que qualquer uma tenha sido oferecida em seu curso.

É o relatório.

II - VOTO DO RELATOR

A Constituição Federal de 1988, seguindo a linha das Constituições anteriores, abandonou a teoria subjetiva da culpa e manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, sob a modalidade do risco administrativo. Com isso, o Estado tornou-se responsável pelos danos causados por seus servidores a terceiros, independentemente de culpa no cometimento da lesão.

Tal princípio está consagrado no § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

“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”.

Ao utilizar o vocábulo agente, o legislador abrangeu, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da prestação de um serviço público, bastando, para a responsabilização, a prática de um ato ou omissão administrativa lesiva no exercício de atribuições públicas ou a pretexto de exercê-las.

Contudo, em se tratando de atos legislativos e judiciais, a Fazenda Pública só responderá uma vez que seja manifestamente comprovada a culpa na expedição do ato ilegítimo e lesivo. Isso porque a Constituição, quando se refere aos servidores, faz alusão apenas aos agentes administrativos, sem mencionar os agentes políticos (parlamentares e magistrados). Estes, por sua vez, não são servidores da administração pública, mas sim membros de Poderes do Estado. Portanto, embora exista responsabilidade política nos moldes clássicos somente para Ministros do Supremo Tribunal Federal, os quais podem ser processados por crime de responsabilidade perante o Senado Federal, não se pode deixar de frisar que os magistrados são agentes políticos.

Por conseguinte, assim como o Presidente da República não responderá civilmente por definir uma determinada política econômica, ainda que resulte em prejuízos para um determinado setor, não é possível responsabilizar o parlamentar por ato legislativo típico, que é a lei, quando ela vier a causar prejuízos ao particular. Não apenas porque isso afetaria a soberania do Estado, mas também a independência do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Portanto, se a decisão política do legislador é feita mediante a edição de lei, não poderá ser considerada para fins de responsabilidade civil, de igual modo deve ser visto o ato judicial, que deverá gerar responsabilização somente se houver dolo.

HELLY LOPES MEIRELES assevera que apenas em situações excepcionais é possível que uma lei inconstitucional atinja o particular *uti singuli*, causando-lhe um dano injusto e reparável. Para tanto é imprescindível demonstração cabal da culpa do Estado, por meio da

má atuação de seus agentes políticos. Mas isso é indemonstrável no regime democrático de direito, por ausência de fundamento jurídico nesse sentido. O que o STF já admitiu foi a responsabilização da administração por decreto posteriormente julgado inconstitucional¹⁴⁰. A sentença, que é o ato judicial típico, enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, conforme dispõe o inciso LXXV do art. 5º, da Constituição, que assim preleciona: “*O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença*”.

Desta forma, a Lei Maior consagra a responsabilidade do Estado pelo erro judiciário, seja civil ou penal.

Contudo, nos termos do art. 133 do CPC e do art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, não ficará o juiz individual e civilmente responsável isento de responsabilidade se agir com dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado no exercício de sua função jurisdicional.

Terá de indenizar o Erário pelo dano causado, quando acionado em ação regressiva.

Desta forma, nada há a ser alterado, sobretudo porque a legislação em vigor estabelece de forma satisfatória a responsabilidade civil e penal dos juízes.

No tocante à responsabilidade disciplinar dos juízes, mudanças recentes ocorreram.

Com efeito, em 1988, o Conselho Nacional da Magistratura, criado em 1977, foi extinto, fazendo com que os membros de tribunais superiores e de segundo grau ficassem isentos de responsabilidade disciplinar e passassem a manter o monopólio sobre tal poder em relação aos magistrados de primeira instância. Isso implicou a consolidação da crença de que os maus juízes não são punidos por sua corporação.

Por isso, foi criado, com a chamada Reforma do Judiciário (EC n.º 45/2004), o Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de exercer o controle do Judiciário de modo a aprimorar a responsabilidade disciplinar da magistratura nacional, tornando-a mais viável em relação aos integrantes de tribunais e mais efetiva quanto aos juízes de primeira instância¹⁴¹, com atribuição correicional acessória e subsidiária, isto é, onde falharem ou forem omissos os filtros internos de controle, esse controle poderá ser efetuado pelo Conselho Nacional de Justiça.

A independência dos Juízes não está ameaçada apenas por ações advindas dos demais poderes. As pressões internas oriundas dos órgãos de cúpula do próprio Poder Judiciário podem comprometer a imparcialidade, fator essencial à legitimação das decisões judiciais.

Entretanto, com a instituição do Conselho Nacional de Justiça, acredita-se que as decisões internas acerca do planejamento e gestão do Poder Judiciário serão democratizadas, uma vez que esse órgão contará com uma maior participação dos magistrados de primeira instância nos debates e nas deliberações. DALARI, a esse respeito sublinha: *administrativa, não deve ser confundida com a existência de categoria superior e inferior, não sendo democrático tratar de modo autoritário os considerados inferiores e negar-lhes qualquer possibilidade de contribuir para o perfeiçoamento e a melhor orientação da organização judiciária*¹⁴².

De outro norte, temos que ver que a Constituição Federal estabelece quanto aos juízes o seguinte:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

Logo, a Carta Política determina que o Estatuto da Magistratura, que é o diploma que regula as responsabilidades, deveres e direitos dos magistrados, seja regulado por Lei

¹⁴⁰ Hely Lopes Meireles – Direito Administrativo Brasileiro. 31ª edição. Malheiros, 2005. p. 652/653.

¹⁴¹ DINO, Flávio. Hugo Melo Filho, Leonardo Barbosa, Nicolau Dino. Reforma do Judiciário. Niterói-RJ, Ed. Impetus, 2005 – p. 97 e seguintes.

¹⁴² DALLARI, Dalmo de Abreu. O Poder dos Juizes. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 148.

Complementar, a qual, como é sabido, exige *quorum* especial e iniciativa peculiar para o processo legislativo.

Pois bem, a atual Lei Orgânica da Magistratura assim disciplina, no tocante à possibilidade de responsabilização do juiz, o que segue:

Art. 49 – Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:

I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento das partes.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias.

Portanto, o que dá azo à responsabilização por dolo ao magistrado, tal como previsto no Código de Processo Civil, é a expressa previsão na LOMAN, pelo que, nesta parte, ocorreu recepção do CPC pela LOMAN.

No entanto, como cabe à Lei Complementar regular o Estatuto da Magistratura, como antes expresso, não pode a lei ordinária ampliar o rol de responsabilização civil do magistrado, porquanto não há essa previsão (responsabilidade por culpa) na atual LOMAN.

Desta forma, entendemos padecer de **inconstitucionalidade** o projeto que ora se analisa.

Enfim, a proposta sugerida merece rejeição, não porque a responsabilização civil dos juízes não mereça atenção, mas porque a matéria em exame é reservada à Lei Complementar, **de iniciativa do Supremo Tribunal Federal** e já está regulada pela lei vigente.

Outrossim, ao que parece, a proposta em questão tem por finalidade ampliar a responsabilização dos magistrados. No entanto, deve ser destacado que o mito da irresponsabilidade dos magistrados não resiste a uma análise acurada, e, ademais, os controles administrativos sobre a magistratura foram recentemente reforçados pelo recém-criado Conselho Nacional de Justiça, o qual tem como uma de suas finalidades exercer o controle disciplinar dos magistrados. Com a criação desse Conselho o legislador conseguiu inserir um mecanismo de controle interno, que garante a independência dos juízes e, ao mesmo tempo, o dever democrático de prestar contas.

A proposta apresentada desconhece essa nova realidade de responsabilização e planejamento do Poder Judiciário, sendo, pois, desnecessária.

Ao contrário de melhorar a eficiência do Poder Judiciário, a proposição ora em exame criará mais embaraços à atuação judicial, ante a amplitude das possibilidades de responsabilização dos magistrados por culpa. Isso significa, na prática, em acabar com a independência dos juízes, que não terão mais tranquilidade para julgar, pois sempre estarão correndo riscos de responsabilização civil. Juiz sem independência resulta num Judiciário diminuído.

Diante do exposto, votamos pela **inconstitucionalidade** do Projeto de Lei n.º 5.056, de 2005, e, quanto ao **mérito**, por sua **rejeição**.

Deixamos de nos manifestar quanto aos aspectos de juridicidade e técnica legislativa, já que consideramos que tal análise restou prejudicada.

Sala da Comissão, em 21 de novembro de 2005.

Deputado DARCI COELHO

Relator.