

A CRESCENTE ATUAÇÃO DO ESTADO JUIZ NA SOCIEDADE MODERNA E O PROBLEMA DA IRRESPONSABILIDADE CIVIL PELA FUNÇÃO JURISDICIONAL

THE INCREASING ROLE OF THE STATE COURT IN MODERN SOCIETY AND THE QUESTION OF CIVIL IRRESPONSIBILITY BY JUDICIAL FUNCTION

Danúbia Patrícia de Paiva

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a atividade judiciária considerando os objetivos e os fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito. Pretende-se abordar a responsabilidade civil do Estado por atos judiciais em que, tradicionalmente, se aplica a Teoria da Irresponsabilidade do Estado.

É essencial perquirir uma forma de compatibilizar a função judicial e o direito fundamental ao ressarcimento no caso de dano. Todo aquele que é lesado pelo Poder Judiciário deve ter seu direito reparado, não sendo suficiente para afastar a responsabilização argumentos de soberania deste “poder”, de coisa julgada ou de independência dos juízes.

Inaugura-se este estudo não tendo a intenção de encerrar todas as questões que envolvem a matéria, mas de apresentar a problemática do reconhecimento, em regra, da irresponsabilidade civil do Estado em relação a atos judiciais, ressaltando a necessidade de maior exame das particularidades que envolvem os atos exarados pelo juiz.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Responsabilidade Civil do Estado. Poder Judiciário. Atividade Jurisdicional.

ABSTRACT

This study aims to analyze the judicial activity considering the objectives and rationale of the Federative Republic of Brazil and the Democratic State. To discuss the liability of the State for judicial acts that traditionally applies the Theory of Irresponsibility of the State.

It is essential to assert a way to reconcile the judicial function and the fundamental right to compensation in case of damage. Everyone who is aggrieved by the Judiciary should have repaired their right, it is not sufficient to exclude the accountability arguments of sovereignty of this "power" of res judicata or independence of judges.

This paper does not have the intention of closing all the issues surrounding the matter, but to present the issue of recognition as a rule of civil irresponsibility of the State in respect of judicial acts, emphasizing the need for further examination of the particularities that involve acts forth by the judge.

KEYWORDS: Democratic Rule of Law. Civil Obligation of the State. Judiciary. Jurisdictional Activity.

1 INTRODUÇÃO

A partir de uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, observa-se não existir, em regra, responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes, direta ou indiretamente, do exercício da atividade judicial.

De início, cumpre reconhecer que, atualmente, o tema da responsabilidade civil por atos judiciais vem assumindo, não apenas nos países que adotam o *civil Law*, mas também nos países de *common Law*, relevante destaque, em especial, diante do aumento da atuação do Judiciário.

O artigo 5º, inciso LXXV da Constituição da República admite a responsabilidade do Estado pela função jurisdicional em duas hipóteses expressas: no caso de erro judiciário e na hipótese de prisão além do tempo fixado na sentença.

Entretanto, já há entendimento doutrinário no sentido de incluir outras hipóteses de responsabilização por danos decorrentes de atos judiciais, ainda que inexista expressa autorização no ordenamento jurídico brasileiro.

É sabido que a atividade judiciária deve ser exercida observando os objetivos e os fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito. Em relação ao paradigma do Estado Democrático de Direito, a tese da Teoria da Irresponsabilidade do Estado, tradicionalmente aplicada nas hipóteses de responsabilidade civil por atos judiciais, não mais se sustenta.

Diante do exposto, é essencial perquirir uma forma de compatibilizar a função judicial e o direito fundamental ao ressarcimento no caso de dano.

Inicialmente, é preciso investigar o papel do Judiciário na sociedade diante da evolução da concepção democrática de Estado.

É fundamental também verificar a teoria da separação das “funções do Estado”, a ponderação dos princípios constitucionais expressos e implícitos e as hipóteses previstas no texto constitucional de reconhecimento da responsabilidade civil do Estado em relação aos atos judiciais.

Todo aquele que é lesado pelo Poder Judiciário deve ter seu direito reparado, não sendo suficiente para afastar a responsabilização argumentos de soberania deste “poder”, de coisa julgada ou de independência dos juízes.

A responsabilidade civil do Estado por ato judicial é assunto relevante, sendo certo que a delimitação e o aprofundamento deste tema contribuem para a solução de crises da figura do Poder Judiciário no cenário nacional, bem como para a “responsabilidade social” deste órgão.

O presente trabalho inaugura este estudo, não tendo a intenção de encerrar todas as questões que envolvem a matéria, mas de apresentar a problemática da regra da irresponsabilidade civil do Estado em relação a atos judiciais, ressaltando a necessidade de maior exame das particularidades que envolvem os atos exarados pelo juiz.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EXPRESSÃO “RESPONSABILIDADE JUDICIAL”

Há dois sentidos empregados ao termo “responsabilidade judicial”.

O primeiro sentido seria o de responsabilidade judiciária, ou seja, aquela tida como “poder-função”. Trata-se de responsabilidade pela função jurisdicional do Estado.

Ao citar SHETREET, Capelletti descreve de forma bastante clara esta função jurisdicional considerando três componentes principais:

[...] a atividade jurisdicional tem três componentes principais: o componente administrativo, o processual e o substancial. Os juízes têm, efetivamente, responsabilidade administrativa concernente à organização dos procedimentos, à fixação de datas para audiências, à regulamentação do trabalho judiciário, com vistas ao expedito desenvolvimento e resolução do litígio. Os juízes têm também responsabilidade processual pela condução dos debates e desenvolvimento do processo, em conformidade com as regras probatórias e de procedimento [...] Enfim [...], os juízes devem decidir a lide. Esta parte da função judiciária pode definir-se “substancial”, enquanto consiste na decisão do caso [...]. (CAPELLETTI, 1989, p. 17).

O outro sentido é o de responsabilidade tida como “dever de prestar contas”, isto é, responsabilidade ulterior, decorrente do exercício da atividade judicial.

Assim, a expressão “responsabilidade judicial” pode significar tanto o dever de prestar contas de determinados atos perante a sociedade, quanto o poder exercido pelos magistrados, sendo a primeira acepção decorrente da segunda.

Mauro Cappelletti, brilhantemente, também faz esta diferenciação:

Responsabilidade judicial pode significar tanto o poder dos juízes, quanto o seu dever de prestação de contas (“accountability”, “answerability”) no exercício de tal poder-responsabilidade. Ainda no seu primeiro significado, de resto, trata-se de um poder que é ao mesmo tempo é um dever: o dever do juiz de exercer a função pública de julgar. E porque o exercício de tal função é disciplinado por regras e princípios, escritos ou não escritos, a óbvia conseqüência será uma responsabilidade no sentido ulterior de sujeição a sanções (“liability”) daqueles que, em tal exercício, violem essas regras ou princípios, e/ou daqueles comprometidos com uma responsabilidade substitutiva, para o caso de tal violação. (CAPPELLETTI, 1989, p. 17).

Importa para o presente estudo a responsabilidade judicial como dever de prestar contas diante da atividade judicante. Referida atividade, qual seja, “julgar” deve ser entendida num sentido lato, que envolve os três componentes já citados, quais sejam, o administrativo (de organização da atividade judiciária); o processual (de condução do processo); e o substancial (do efeito das decisões judiciais).

3 A CRESCENTE ATUAÇÃO DO ESTADO JUIZ NA SOCIEDADE MODERNA

O tema da responsabilidade civil do Estado por atos judiciais deve sua importância à crescente ampliação de demandas no cenário judiciário nacional, bem como ao alargamento das funções do Poder Judiciário.

A respeito do crescimento do Poder Judiciário na sociedade moderna, é possível verificar, na doutrina, o apontamento de diversas causas.

Aponta Mauro Cappelletti que este crescimento se deve, primeiramente, à emergência do Estado Social, caracterizada pela expansão da competência do Legislativo e Executivo, o que gerou, por consequência, uma maior exigência de controle pelo Poder Judiciário.

Recorda-se, antes de tudo, a emergência no curso do nosso século, certamente não sem tensões, crises e controvérsias, do “Estado social” ou *welfare state*. Este é caracterizado pela expansão sem precedentes da competência e, assim, dos poderes do Estado Legislador e administrador. Por consequência, também a exigência do controle judiciário da atividade

do Estado tornou-se sempre mais aguda e urgente (CAPELLETTI, 1989, p. 21).

No que se refere ao modelo de tripartição dos poderes, não se pode deslembrar que no Estado Democrático de Direito devem conviver, de forma harmônica, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Portanto, a técnica distributiva dos distintos “poderes”, oriunda do pensamento de Montesquieu, considera a cooperação, a harmonia e o equilíbrio.

Brêtas, ao analisar a teoria da tripartição de Montesquieu, ressalta que não seriam três “poderes”, mas três “funções” jurídicas essenciais ou fundamentais do Estado:

[...] o que deve ser considerada repartida ou separada é a atividade e não o poder do Estado, do que resulta uma diferenciação de funções exercidas pelo Estado por intermédio de órgãos criados na estruturação da ordem jurídica constitucional, nunca a existência de vários poderes do mesmo Estado. (BRETAS, 2004, p. 73-74).

Mais adiante, referido autor conceitua as funções legislativa, governamental ou administrativa, e a jurisdicional:

[...] a) a função legislativa consiste na edição de normas obrigatórias de caráter geral e abstrato, as quais compõem o ordenamento jurídico vigente, criando o Estado, assim, o direito positivo, com o objetivo de disciplinar as suas próprias atividades e as condutas das pessoas na vida em sociedade; b) a função governamental, administrativa ou executiva compreende todas as manifestações concretas das diversas atividades desenvolvidas pelo Estado que visem à concretização dos interesses e negócios públicos correspondentes às necessidades coletivas prescritas no ordenamento jurídico vigente; c) a função jurisdicional permite ao Estado, quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas que o Estado edita, nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas. (BRETAS, 2004, p. 75-76).

Assim, ainda que se considere um aumento da atuação de uma das funções estatais, é relevante ressaltar que este fato não tem o condão de justificar uma sobreposição ou prevalência de um “poder” em relação ao outro.

Feitas essas breves considerações, há que se relatar, ainda, outras causas, apontadas por Cappelletti, responsáveis pelo crescimento da função jurisdicional. São elas: o alargamento da função legislativa e o crescente volume de leis; a inércia do Legislativo e

Executivo para a realização dos direitos constitucionais; o surgimento dos direitos sociais e, finalmente, o surgimento dos direitos coletivos.

Em relação ao “alargamento da função legislativa”, observa-se que, na prática, significou um aumento considerável no volume de leis. Todavia, vê-se que a legislação produzida acabou trazendo imprecisão e ambigüidade em sua redação, gerando a necessidade, cada vez maior, de um ativismo judicial (CAPPELLETTI, 1989, p. 21).

Foi também relevante para o aumento da atividade judicial o surgimento dos direitos sociais, criação típica do Estado Social. Estes direitos, por demandarem, para sua realização e proteção, a constante intervenção do ente estatal, exigiram do Judiciário a análise profunda se determinada atividade estatal está alinhada ou não com os programas prescritos na legislação.

Em terceiro lugar, tenha-se presente que os “direitos sociais” – típico produto jurídico do Estado social ou de *welfare* – são caracterizados pelo fato de que não têm natureza, por assim dizer, puramente normativa; eles são “promocionais” e projetados no futuro, exigindo para sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado. Na proteção de tais direitos, o papel do juiz não pode, absolutamente, limitar-se a decidir de maneira estática o que é agora legítimo ou ilegítimo, justo ou injusto; ao contrário, constitui freqüente responsabilidade do juiz decidir se determinada atividade estatal, mesmo quando largamente discricional – ou a inércia, ou em geral dado comportamento dos órgãos públicos -, está alinhada com os programas prescritos, freqüentemente de maneira um tanto vaga, pela legislação social e pelos direitos sociais. (CAPPELLETTI, 1989, p. 22).

Por fim, é apontado como causa o surgimento dos direitos coletivos, o que também contribuiu para o aumento das atribuições dos juízes, pois se ampliou a relação tradicional do processo, permitindo um litígio envolvendo mais de duas partes.

[...] as sociedades industriais avançadas têm em comum uma característica que pode ser sintetizada em uma palavra pouco estética, mas expressiva: “massificação”. Assim como a economia é caracterizada pela produção em massa, distribuição de massa, consumo de massa, assim também as relações, os conflitos e exigências sociais, culturais e de outra natureza têm assumido, seguidamente, um caráter largamente coletivo antes que meramente individual (CAPPELLETTI, 1989, p. 23).

A todas estas causas apontadas por Mauro Capelletti, deve ser acrescentada a adoção de informalidades no procedimento judicial brasileiro, a fim de privilegiar a celeridade - como por exemplo se observa pela redação do artigo 285-A do CPC-, e o aumento dos poderes

instrutórios dos julgadores, o que, apesar de não significarem um aumento dos processos judiciais, representam uma ampliação do papel do juiz na solução da lide.

Um dos maiores pontos de discussão na doutrina atual reside no estudo da necessidade de ampliação/redução do papel ativo do juiz na condução do processo e na colheita/produção das provas. Essa discussão se coloca até mesmo em termos ideológicos, apontando-se que o aumento do papel do juiz no campo da prova traduz vezo de regimes autoritários (ANDRADE, Érico. 2010. p. 119).

Feitas essas considerações e após traçado um quadro evolutivo da atuação do Poder Judiciário, demonstrando seus avanços no decorrer da História, é necessário analisar a relevância da atuação do magistrado e a sua interferência na responsabilidade civil pela função jurisdicional.

4 FUNDAMENTOS DA TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE DOS ATOS JUDICIAIS

São vários os argumentos empregados para justificar a tese da irresponsabilidade, como regra, dos atos judiciais.

Argumenta-se, primeiramente, que as decisões judiciais estão sujeitas a recurso. Assim, disponibilizado à parte referido instrumento para que esta se proteja das “injustiças” cometidas no processo, não seria necessário permitir a discussão, em outro processo, da justiça da decisão ou de eventual responsabilidade judicial.

O argumento empregado é o de que as decisões judiciais são normalmente sujeitas a recurso e que o recurso constitui exatamente o instrumento regular e suficiente das partes para protegerem-se contra injustiça judiciária. (CAPELLETTI, 1989, p. 27).

Contudo, deve-se lembrar que o recurso não se apresenta como instrumento hábil a permitir às partes a possibilidade plena de instrução probatória, disponível na hipótese de uma ação judicial de responsabilidade civil.

Ademais, o recurso pode não reformar uma decisão eventualmente irregular e, quando não mais cabível, irá permitir que esta, já com o caráter de coisa julgada, não mais seja passível de discussão.

Sobre a questão, Cappelletti também ressaltou:

Mas, uma vez que a decisão do juiz, não mais se sujeita a recurso, torna-se definitiva, adquire a autoridade de coisa julgada [...]. Ainda que, por hipótese, errônea de fato ou de direito, a decisão passada em julgado cria a sua própria “verdade” e o seu próprio direito; ela *facit jus*. E a conclusão é que a responsabilidade civil sequer pode ser reconhecida, dado que dita responsabilidade pressupõe o ato contrário ao direito, o “*damnum iniuria datum*”, iniuria que, por princípio, não pode derivar da decisão que *facit jus*.” (CAPELLETTI, 1989, p. 27).

Além disso, Mauro Cappelletti defende que o princípio da irresponsabilidade judicial absoluta em face das partes, até tempos recentes, sobreviveu em numerosos países, justamente porque o ato do juiz era considerado ato do Estado, verificando-se uma acentuada relação de dependência dos juízes perante o Executivo. (CAPELLETTI, 1989, p. 25).

Brêtas resalta o caráter estatal da função jurisdicional, apresentando, contudo, anotações sobre a sua particularidade.

[...] na concepção estruturante do Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional ou jurisdição é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente possível de ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional, ou seja, por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais, com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico (BRETAS, 2004, p. 83-84).

O princípio da presunção de legitimidade, presente nos atos estatais, contudo, não se mostra bastante eficaz para afastar a responsabilidade civil em relação aos atos judiciais, já que, há muito, abandonou-se o princípio da irresponsabilidade geral do Estado em suas atividades públicas.

No Direito Administrativo, tem-se a denominada Responsabilidade Objetiva do Estado, prevista na Constituição de 1988, no § 6º do art. 37.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Segundo referido dispositivo, as pessoas jurídicas de direito público têm responsabilidade objetiva por danos causados por seus agentes.

Em linhas gerais, a Responsabilidade Objetiva do Estado representa a obrigação do Estado de indenizar, independentemente de culpa, no exercício de suas atividades (funções), os danos ocasionados por quaisquer de seus agentes, em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, respeitadas as excludentes legais e futuro direito de regresso.

Vale ressaltar que os atos considerados funcionais administrativos, atípicos à função de julgar, como por exemplo, medidas tomadas para administração e funcionamento do Poder Judiciário, se significarem dano a terceiros, podem gerar a responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição de 1988.

“A responsabilidade do Estado se restringe aos danos causados por funcionários administrativos, nessa qualidade, a terceiros; não responde o Estado por possíveis danos, oriundos de decisões ou atos judiciais errados, segundo a doutrina já aceita e consagrada pela jurisprudência dos tribunais.” (STOCO, 1996, p. 414).

Há outro argumento também historicamente empregado, qual seja, o de autoridade da coisa julgada nas decisões judiciais.

A força do princípio da coisa julgada, em particular, não está nos ditames de uma lógica abstrata, mas apenas nos fins ou valores que os sistemas jurídicos intentem perseguir mediante aquele princípio. É geralmente reconhecido que tal fim ou valor se encontra na paz social e na certeza do direito: a decisão judiciária, prescindindo do fato de que seja ou não correta (de fato e de direito), deve em determinado ponto dar fim ao litígio” (CAPELLETTI, 1989, p. 29).

A partir do que foi dito, observa-se que os obstáculos historicamente levantados para justificar a irresponsabilidade judicial são os seguintes: o princípio da coisa julgada (*res judicata facit jus*) e o princípio de que o Estado não pode cometer injustiça (*The King can do no wrong*). Este último decorre da ideia de soberania do poder estatal, o que mais especificamente se revela na tese de independência dos juízes (CAPELLETTI, 1989, p. 24).

5 O PROBLEMA DA IRRESPONSABILIDADE PELA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Após destacar a expansão das atividades do Poder Judiciário, cada vez mais atuante em relação às demais “Poderes” da Federação, bem como os fundamentos historicamente apresentados para a aplicação da Teoria da Irresponsabilidade pelos atos judiciais, cumpre examinar a função pública de julgar, a fim de verificar a justeza de sua aplicação.

A singularidade da função jurisdicional pode sugerir condições e limites para legitimar, a tese da total irresponsabilidade ou a tese da responsabilidade.

No plano científico, isto é, no modelo “*responsive*”, que não admite a sua negação total, há um esforço “em realizar o equilíbrio entre independência e responsabilidade-controle social, com o fim de evitar, ao mesmo tempo, a sujeição e igualmente o fechamento e o isolamento da magistratura” (CAPELLETTI, 1989, p. 10).

Nestes termos, a premissa seria a seguinte: onde há poder deve haver responsabilidade.

Assim, em uma sociedade organizada racionalmente, haverá uma relação diretamente proporcional entre poder e responsabilidade. Os juízes exercitam um poder. E “um poder não sujeito a prestar contas representa patologia” (CAPELLETTI, 1989, p. 18).

Sobre a questão, ensina Capelletti:

[...] parece fora de dúvida que um sistema de governo liberal-democrático - um sistema, pois, que queira garantir as liberdades fundamentais do indivíduo em um regime de democracia social, como é previsto na Constituição Italiana - é sobretudo aquele em que exista razoável relação de proporcionalidade entre poder público e responsabilidade pública, de tal sorte que ao crescimento do próprio poder corresponda um aumento dos controles sobre o exercício de tal poder. Esta correlação é inerente ao que se costuma chamar de sistema de pesos e contrapesos, *checks and balances* (CAPELLETTI, 1989, p. 18).

Prosseguindo nesta análise, deve-se considerar que a imunidade dos juízes, prevista em praticamente todos os ordenamentos jurídicos, constitui um problema de equilíbrio entre os valores garantia e independência.

[...] o problema da imunidade dos juízes é, mais precisamente, o problema – menos absoluto e mais pragmático, de limites da responsabilidade, vale dizer, um problema de equilíbrio entre o valor de garantia e instrumental da independência, externa e interna dos juízes, e o

outro valor moderno (mas também antigo, como se viu) do dever democrático de prestar contas (CAPELLETTI, 1989, p. 33).

Sobre o tema, ao citar TROCKER, ressalta também o autor o seguinte:

Como escreveu Trocker, [...] “o privilégio da substancial irresponsabilidade do magistrado não pode constituir o preço que a coletividade é chamada a pagar, em troca da independência dos seus juízes” (CAPELLETTI, 1989, p. 33).

Diante do exposto, vê-se que a imunidade e a independência devem ser vistas não como conceitos capazes de anular os valores liberais e democráticos, a exemplo do que já ocorre em relação à responsabilidade de outros agentes que exercitam o poder público. A singular função jurisdicional não pode ser pretexto para a irresponsabilidade.

Além disso, é relevante considerar que os dois obstáculos historicamente levantados para justificar a irresponsabilidade judicial, são inaceitáveis: o primeiro, porque o exercício da função pública não isenta do dever de prestar contas. Já o segundo obstáculo, porque é inadmissível que a coisa julgada, princípio de proteção e segurança do Direito, se transforme em um valor absoluto, superior à própria idéia de justiça.

Obviamente seria irracional e até utópico um sistema jurídico que desejasse, sempre, colocar tal justiça acima da certeza. Mas a razoabilidade, como frequentemente acontece, está no justo equilíbrio dos valores: *in médio star virtus*, como advertia Aristóteles. E tal equilíbrio pode ser encontrado não com o rigor de uma lógica artificial, mas com o pragmático e flexível reconhecimento de que ambos os valores têm a sua validade, e que, por vezes, uma solução de compromisso deve ser adotada (CAPELLETTI, 1989, p. 30).

Sobre a coisa julgada, vê-se, portanto, que é necessário buscar um equilíbrio, a fim de encontrar razoabilidade na sua aplicação.

Por fim, não se pode deslembrar que o Poder Judiciário tem a missão tradicional de aplicar a lei ao caso concreto, controlar os demais “poderes”, proteger os direitos fundamentais e garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito.

Ao realizar estas atividades, hoje, reconhece-se que cabe ao Judiciário a concretização dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Sobre o tema, Sérgio Henriques Zandoná Freitas ressalta a presença de uma ideologia atual favorável ao aumento da atuação do Judiciário, diante do reconhecimento da função deste como agente conformador da realidade social.

O Estado Democrático de Direito não representa simplesmente o resultado dos elementos constitutivos do Estado de Direito e do Estado Democrático, mas uma evolução histórica que atravessou os estágios do Estado de Polícia, do Estado liberal e do Estado social, com a superação de grande parte das contradições e das deficiências dos sistemas anteriores, até atingir o paradigma contemporâneo que inspira várias das atuais Constituições estrangeiras, além da brasileira de 1988. [...] O Estado social, também conhecido como Estado administrador, com predomínio da administração sobre a política e da técnica sobre a ideologia, assumiu a função de agente conformador da realidade social para atendimento de sociedade de massas com conflitos sociais, e buscou socialmente integrar e reduzir as desigualdades e propiciar condições materiais para emancipação do indivíduo, além da consecução do bem-estar social geral. (FREITAS, 2014, p. 64-65)

No que se refere ao ativismo judicial, conforme já registrado neste trabalho, vê-se que este também se intensificou diante da inércia do Legislativo e Executivo para a realização dos direitos constitucionalmente consagrados.

O que reforçou o ativismo judicial, com as Cortes Constitucionais “devolvendo” aos cidadãos os direitos previdenciários e sociais que o legislador e o Poder Executivo teimavam em retirar-lhes. Assim, de um lado, estava aberto o flanco para as políticas neoliberais; de outro, o Judiciário é conclamado a ser o “poder da vez”, realizando os “direitos ainda alcançados” ou as “promessas não cumpridas da modernidade”. (MEYER, 2008, P. 30-31)

Contudo, apesar de admirável a tentativa de se levar os direitos constitucionais àqueles que estão à margem da sociedade, é preciso distinguir “atividade judicante” de “arbitrariedade judicial”.

Na verdade, é importante delimitar a autonomia judicial para suprir essas inércias, utilizando-se de mecanismos e instrumentos presentes no ordenamento jurídico.

A atividade jurisdicional deve ser regulada segundo a Constituição Federal, preservando-se o princípio da supremacia da constituição e a sua rigidez, bem como a separação obrigatória entre as três funções do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, sob pena de se tornar arbitrária.

E aqui cabe uma crítica e um apelo aos operadores do Direito que exercem suas funções em regiões imersas na miséria: atuar os direitos materiais da Constituição da República, viabilizando para a população a luz da cidadania, mesmo que esta possa, no início, em decorrência da escuridão secular, os incomodar, acostumados que são a não exercerem seus direitos.

A consciência humana advém quando se tem uma conexão com a dignidade humana, na concepção de uma vida melhor para cada indivíduo, como fatos do valor liberdade. Mas, o avanço dos degraus da cidadania dando liberdade aos indivíduos, deverá ter uma correspondência da responsabilidade dos agentes políticos, incluindo-se aí, além daqueles do Poder Legislativo e do Poder Executivo (especialmente, o Ministério Público), como também o Judiciário (MAIA, 2009, p. 235).

O Judiciário comete um excesso quando, sob o fundamento de realizar todos os valores materiais presentes na ordem constitucional de um país, realiza prestações paternalistas, desestimulando a democracia e a cidadania, bem como violando a Carta Constitucional ao assumir o poder político.

A melhor hermenêutica constitucional sugere, então, que o Estado-juiz priorize o afastamento do subjetivismo ou da ideologia do agente público julgador, pois não há espaço para a discricionariedade judicial sem fundamento na lei.

Cumprido ressaltar que, para a doutrina administrativista moderna, a discricionariedade não se submete sequer à análise de pertinência e razoabilidade do Poder Judiciário.

Deste modo, os limites da discricionariedade administrativa devem ser analisados restritivamente.

A discricionariedade não decorre, por exemplo, por força da fluidez das expressões da lei, mas da liberdade conferida ao administrador público em seu mandamento.

Na lição do Professor Doutor Florivaldo Dutra de Araújo, “haverá discricionariedade “sempre que a norma de direito positivo regulá-lo [o ato administrativo] de modo a indicar que, na apreciação do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, está o administrador diante de um número determinado ou indeterminado de opções que se caracterizam como indiferentes jurídicos, ou seja, ao direito é irrelevante que o administrador adote esta ou aquela alternativa” (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, 2006, p. 123).

Ao Poder Judiciário, incumbiria, assim, apenas o exame do ato considerando o juízo de legalidade.

Sobre o tema, cumpre esclarecer que a única hipótese em que a lei fala em “discrecionalidade judicial” no Direito Brasileiro está no âmbito da jurisdição voluntária, quando o juiz poderá adotar, em cada caso, a solução que reputar “mais conveniente e oportuna” (art. 1.109 do CPC).

Portanto, a utilização de hermenêutica fundada no “prudente (ou livre) arbítrio do juiz”, segundo melhor doutrina, é possível em situações especialíssimas, sendo certo que a sua utilização desmedida não coaduna com os postulados do Estado Democrático de Direito.

De tudo o que foi dito, observa-se que a independência do Poder Judiciário não justifica que este se afigure de forma totalmente isolada do resto da organização estatal, em especial, diante do aumento considerável de sua atuação na sociedade moderna, muitas vezes, incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, é preciso considerar a responsabilidade do Estado para além das hipóteses expressamente previstas no texto constitucional, que se limitam ao erro judiciário e quando verificada a prisão além do tempo fixado na sentença.

Percebe-se ainda que o modelo de irresponsabilidade diante de atos judiciais não mais coaduna com os princípios da Carta Constitucional.

Assim, é essencial a criação de um modelo de responsabilidade jurídica, que encontre equilíbrio entre a independência assegurada à carreira de magistrado e a responsabilidade pelo exercício de uma função estatal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado tem como dever indenizar todo aquele que, por ato ou omissão da Administração Pública, em seu sentido amplo, sofrer prejuízos, material ou econômico, principalmente quando se refere à função jurisdicional, exercida pelo Poder Público em regime de monopólio.

O Poder Judiciário tem a missão clássica de aplicar a lei ao caso concreto, controlar os demais “poderes”, proteger os direitos fundamentais e garantir o Estado Constitucional Democrático de Direito.

A expansão destas atividades tradicionais, seja pela crescente ampliação de demandas no cenário judiciário nacional, seja pelo alargamento das funções do Poder

Judiciário, é determinante para justificar o afastamento da Teoria da Irresponsabilidade, a fim de se encontrar um equilíbrio entre a independência assegurada à carreira de magistrado e a responsabilidade pelo exercício de uma função estatal.

É importante reconhecer, ainda, que a responsabilização é um instrumento que se presta ao controle da atuação do Judiciário, sendo certo que este controle deve considerar os objetivos e os fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito.

Atualmente se reconhece a legitimidade do Judiciário para controlar e implementar previsões legais originariamente direcionadas ao Executivo. Esta legitimação certamente representa mais “poder” para o juiz e corrobora para o afastamento da Teoria da Irresponsabilidade, conforme historicamente já se verificou em relação aos atos exarados pelo Poder Executivo.

Assim, a regra deve ser pela responsabilidade do juiz, principalmente quando este comete arbitrariedades no exercício do denominado “ativismo judicial”, decidindo conflitos de modo político para supostamente garantir a efetividade dos direitos insertos no texto da Constituição Federal.

Neste diapasão, presente o dano e o nexo causal, deve ser permitido ao cidadão se utilizar de mecanismos jurídicos que possibilitem o seu ressarcimento, sendo ainda um desafio legislativo traduzir a responsabilidade civil judicial em forma, procedimento e sanções.

Contudo, não há dúvida de que o reconhecimento e a criação de um modelo de responsabilidade judicial tornará o Poder Judiciário mais “aberto” e democrático, bem como contribuirá para promover a sua atividade de forma regular, esmerada e eficiente, sempre respeitando a sua imprescindível independência.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade: proposta de releitura à luz da efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo. In. LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

FREITAS, Sérgio Henrique Zandona, *A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte.

MEYER, Emílio Peluso Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. 1. ed. São Paulo: Método, v. 1, 2008.

STOCO. Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.