

GETULIO RAINER VOGETTA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO:
CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE
PELOS ATOS JURISDICIONAIS DANOSOS**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias, Pesquisa e Extensão como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

**CURITIBA
2008**

Dedico este trabalho a *Josineli e Heloíse*.

A primeira, paradigma de companheira dedicada,
mãe esmerada e mulher virtuosa,
porto de paz definitivo, manancial de força
e tranqüilidade para meu espírito.

A segunda, filha querida, raio de sol, tenra flor que
desabrocha com candura, inaugurando
uma primavera de luz em minha vida.

Com minha admiração, amor e carinho.

AGRADECIMENTOS

Como bem precisou Comte-Sponville*, gratidão é, antes de tudo, *alegria compartilhada*; é também um *não esquecer*. Desta forma, não poderia me furtar a compartilhar desta alegria com os leitores, consignando aqui os meus sinceros e perenes agradecimentos a todos que colaboraram para a realização deste trabalho.

Ao Professor Doutor *Romeu Felipe Bacellar Filho*, exemplo marcante de notável jurista e pesquisador, cuja nobreza de caráter, dignidade e combatividade espelham o arquétipo que deve presidir a vida de todo bom Advogado: pela amizade, pelo tempo da sua atenção e pela inestimável gentileza de suas orientações.

Aos Professores Doutores *Elimar Szaniawski* e *Alcides Alberto Munhoz da Cunha*, almas nobres e generosas, cuja sabedoria e exemplos de vida me iluminaram, marcando de forma indelével as lembranças que ficarão do tempo que passei na Faculdade de Direito da UFPR: pelo prazer da convivência, pelos conselhos e pela amizade.

Aos nobres colegas de turma, em especial a *Durval Gomes Viana*, *Edinaldo Antunes Vieira*, *Isabel Ferreira de Oliveira* e *Justina de Lara*, que de diferentes formas, generosamente, deram a mim e ao meu trabalho algo de si: pelas longas noites de discussão e pesquisa, pela honra da profícua convivência e pela amizade sincera nestes 5 anos de labor acadêmico.

(*) André Comte-Sponville, filósofo francês
(*Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*)

“... só aqueles apegados à mais pedestre das interpretações literais não podem perceber que a própria noção de Estado de Direito impõe, como seu consectário natural, a responsabilidade pública por atos danosos a terceiros”.

Celso Antonio Bandeira de Mello
(Curso de Direito Administrativo)

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	VII
RESUMO	VIII
1. INTRODUÇÃO	9
2. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	15
2.1. ESCORÇO HISTÓRICO.....	15
2.1.1. <i>Pena e Reparação</i>	16
2.1.2. <i>Da Culpa ao Risco</i>	18
2.1.3. <i>O Contexto Brasileiro e as Tendências Contemporâneas</i>	20
2.2. ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAIS	22
2.2.1. <i>Lineamentos Conceituais</i>	24
2.2.2. <i>Espécies</i>	29
2.3. CRITÉRIOS DE FUNDAMENTAÇÃO.....	31
2.3.1. <i>Culpa</i>	33
2.3.1.1. <i>Culpa presumida</i>	35
2.3.2. <i>Risco</i>	37
2.4. PRESSUPOSTOS.....	39
2.4.1. <i>Dano</i>	41
2.4.2. <i>Conduta</i>	45
2.4.3. <i>Nexo de causalidade</i>	48
2.5. CAUSAS EXONERATIVAS E ATENUANTES DE RESPONSABILIDADE.....	51
2.5.1. <i>Estado de Necessidade</i>	52
2.5.2. <i>Excludentes de Ilícitude</i>	53
2.5.3. <i>Culpa da Vítima</i>	54
2.5.4. <i>Ato ou Fato de Terceiro</i>	55
2.5.5. <i>Caso Fortuito e Força Maior</i>	55
2.5.6. <i>Cláusula de Não Indenizar ou de Irresponsabilidade e a Cláusula Limitativa da Responsabilidade</i>	57
2.5.7. <i>Prescrição</i>	58
3. O ESTADO E SUAS GENERALIDADES QUANTO À RESPONSABILIDADE	59
3.1. O ESTADO, O GOVERNO E AS FUNÇÕES ESTATAIS.....	62
3.1.1. <i>Governo e Poder Estatal</i>	63
3.1.2. <i>A Unicidade do Poder Estatal</i>	65
3.1.3. <i>As Funções Estatais</i>	68
3.2. O PROBLEMA DA NOMENCLATURA	72
3.3. SÍNTESE EVOLUTIVA DA RESPONSABILIDADE ESTATAL E SUAS TEORIAS.....	73

3.3.1. Fase da Irresponsabilidade	75
3.3.2. Fase Civilista	77
3.3.3. Fase Publicista	79
3.4. A SISTEMÁTICA DA RESPONSABILIDADE ESTATAL NO DIREITO BRASILEIRO	81
3.5. CAUSAS EXONERATIVAS E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE ESTATAL	84
3.5.1. Culpa Exclusiva da Vítima	85
3.5.2. Fato de Terceiro	86
3.5.3. Caso Fortuito e Força Maior	86
3.5.4. Estado de Necessidade	88
4. A RESPONSABILIDADE ESTATAL POR ATOS JURISDICIONAIS	89
4.1. ATOS JUDICIAIS (JURISDICIONAIS E NÃO-JURISDICIONAIS)	90
4.2. BASE NORMATIVO-PRINCIPIOLÓGICA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS	93
4.3. ARGUMENTOS PRÓ-IRRESPONSABILIDADE ESTATAL: CRÍTICAS	99
4.3.1. Soberania do Poder Judiciário	99
4.3.2. Ofensa à Coisa Julgada	101
4.3.3. Independência do Magistrado	103
4.3.4. O Magistrado não é Servidor Público	105
4.3.5. O Jurisdicionado se Condiciona à Falibilidade dos Juízes	107
4.3.6. A Responsabilidade do Estado Somente Exsurge de Texto Legal	109
4.3.7. Reconhecer a Responsabilidade Estatal por Atos Jurisdicionais Seria um Enorme Fardo aos Cofres Públicos	109
4.4. ATIVIDADE JURISDICIONAL DANOSA	110
4.5. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS ACERCA DO TEMA	114
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES	117
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122
OBRAS E DOCUMENTOS CONSULTADOS	134

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- CF - Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05/10/1988
- EC - Emenda constitucional
- CC/1916 - Código Civil de 1916 (Lei Nº 3.071, de 01/01/1916)
- CC/2002 - Código Civil de 2002 (Lei Nº 10.406, de 10/01/2002)
- CP - Código Penal (Decreto-Lei Nº 2.848, de 07/12/1940)
- CPC - Código de Processo Civil (Lei Nº 5.869, de 11/01/1973)
- CPP - Código de Processo Penal (Decreto-Lei Nº 3.689, de 03/10/1941)
- CDC - Código de Defesa do Consumidor (Lei Nº 8.078, de 11/09/1990)
- LOMN - Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar Nº 35, de 14/03/1979) – Alterada pela Lei Complementar Nº 37, de 13/11/1979
- LCP - Lei Complementar
- PL - Projeto de Lei
- STF - Supremo Tribunal Federal
- STJ - Superior Tribunal de Justiça
- TRF - Tribunal Regional Federal
- TJ - Tribunal de Justiça (Estadual)

RESUMO

A evolução do instituto da responsabilidade civil pacificou, ao longo de décadas, o tratamento dispensado pela doutrina e jurisprudência pátrias à responsabilidade civil do Estado pelos atos administrativos. O mesmo, entretanto, não ocorre com os atos jurisdicionais. Ainda que o regime de Estado Democrático de Direito, inaugurado em nosso país sob a égide da Constituição Federal de 1988, não autorize, no campo da responsabilidade estatal, diferenciações entre atos administrativos e jurisdicionais, a irresponsabilidade em relação aos últimos ainda é amplamente defendida em sede jurisprudencial, o que coloca o serviço judiciário em uma desconfortável situação de descrédito perante a sociedade, frente à sua posição em defesa de uma imunidade inadmissível na quadra histórica atual, especialmente sob a ótica de que ao Poder Judiciário cabe, em última instância, garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, onde se inserem, dentre outros, o direito de acesso à justiça e o direito a uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva – pressupostos indispensáveis à garantia de quaisquer outros direitos que dependam de tutela na esfera judiciária. Procura-se demonstrar no presente trabalho, com apoio em uma ampla e sólida base doutrinária e sob um enfoque crítico, a plena aplicabilidade dos pressupostos da responsabilização objetiva do Estado também aos atos de natureza jurisdicional, especialmente quando lesionam interesses legítimos dos cidadãos ao tutelar de forma ineficaz, inadequada ou intempestiva as suas demandas, o que em última análise fere a noção geral de justiça e desrespeita a dignidade humana, cuja promoção é, ao mesmo tempo, limite e tarefa dos poderes estatais. Para atingir o desiderato proposto conjugaram-se os métodos histórico, analítico e dialético apoiados principalmente no recurso metodológico da pesquisa bibliográfica, partindo-se inicialmente dos lineamentos históricos e das noções elementares relativas à responsabilidade civil em sentido amplo, investigada desde suas raízes civilistas para, num segundo momento, adentrar nas especificidades que enseja a responsabilidade no âmbito público e, daí, partir para o enfrentamento das dificuldades de sua aplicação à atividade judiciária. Da análise aqui concretizada conclui-se que, em face dos atuais imperativos axiológicos e de uma interpretação sistemática de nosso ordenamento, não subsistem argumentos plausíveis que possam sustentar juridicamente a tese da irresponsabilidade do Estado frente aos atos jurisdicionais danosos. Longe de esgotar as questões que envolvem o tema, principia-se aqui um diálogo que, espera-se, contribua para romper esta que é tida como uma das últimas fronteiras da irresponsabilidade estatal.

Palavras-chave: Responsabilidade (Direito). Responsabilidade civil do Estado. Jurisdição. Atividade jurisdicional. Poder Judiciário.

1. INTRODUÇÃO

A noção de *direito*,¹ como resultante histórico de um fenômeno sociocultural complexo² que se origina na tensão produzida pela incessante busca da paz e da ordem ante o inevitável e aparentemente inextinguível embate de classes sociais, encontra-se íntima e invariavelmente ligada à noção de composição de conflitos de interesses os quais, não raro, somente se ultimam com a atuação jurisdicional, atividade essencial à coletividade e cujo exercício cabe exclusivamente ao Estado através do Poder Judiciário.

A construção da sociedade que desejamos, livre, justa e solidária,³ centrada no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, justificadamente alçado à condição de pedra de toque de nosso ordenamento jurídico, torna imperiosa a mudança de perspectiva pela qual se analisa o processamento das relações sociais e, com ela, o próprio direito, que reclama uma compreensão *ético-política* que se interponha aos excessos do formalismo jurídico. Neste contexto, onde a solidariedade deve, cada vez mais, inspirar a vida social, não se pode admitir, em nenhuma hipótese, que um indivíduo sofra injusta lesão em sua esfera de interesses juridicamente protegida sem que lhe caiba a devida reparação. Porém, perseguir apenas isso não basta: há que se buscar uma nova feição funcional ao instituto, para além dos limites da mera indenização. Daí a renovada importância e atualidade temática da responsabilidade civil, especialmente quando adentra nos domínios, outrora obscuros, da responsabilidade estatal, já que é atualmente cada vez mais

¹ Conforme as reiteradas advertências da doutrina, a palavra “direito” possui variados significados, inclusive no âmbito jurídico. Neste sentido ver: LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*, (passim) e FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 31-43. A acepção de “direito” empregada neste trabalho, sem descurar da multiplicidade de considerações jusfilosóficas que a cercam e sem a pretensão de encerrar um sentido unívoco perfiha, no entanto, a lição de Norberto BOBBIO em sua obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, no sentido de que o vocábulo “direito” liga-se, indelevelmente, à noção de existência de um complexo de normas jurídicas que atuam em coordenação, formando um sistema normativo ou, como prefere Bobbio, um *ordenamento jurídico* (p. 19-31).

² Acerca da complexidade dos fatos sociais que originam e condicionam o fenômeno jurídico ver, por exemplo: GAVAZZONI, Aluísio. *História do direito: dos sumérios até a nossa era*, p. 1-15; DINIZ, Antonio Carlos de Almeida, *Teoria da legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*, p. 214-220 e FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, p. 83-88.

³ Primeiro objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme nossa CF, art. 3º, I.

freqüente e marcante a presença do Estado na vida cotidiana do cidadão. Pode-se afirmar, sem erro, que a responsabilidade civil continua no centro da teoria geral do direito por sua estreita correlação com a defesa dos valores inatos à pessoa humana. Para ilustrar essa importância tenha-se em mente a lição de AGUIAR DIAS quando afirma, logo no início de sua obra mais conhecida, que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”.⁴ Quando a questão passa a ser analisada no âmbito de atuação dos órgãos estatais esta situação adquire contornos ainda mais dramáticos em face da magnitude dos danos que potencialmente podem advir das suas atividades, em especial quando se trata de uma atuação destinada, em tese, a assegurar a defesa de direitos e garantias do cidadão, caso da atuação jurisdicional.

Em linhas gerais e de forma bastante simplificada, a *responsabilidade* decorre de um preceito maior já delineado e consagrado na antiga Roma, o *neminem laedere*,⁵ segundo o qual a ninguém se deve lesar, o que incorpora uma noção prévia de obrigação, de dever, que cumpre a todos observar. Deste antigo suporte principiológico emerge a *necessidade de uma orientação para a conduta humana* de forma que esta se conduza a fim de evitar danos ou prejuízos a outrem, papel reservado às normas jurídicas e, em segundo lugar, a *necessidade de mecanismos de reparação*, caso uma conduta humana venha de algum modo causar danos a outrem, de onde vem a idéia de *indenização* como forma de restituir o equilíbrio da ordem jurídica e social através de uma compensação de natureza econômica, patrimonial.

Ocorre que, até pouco tempo, no curso do desenvolvimento das relações sociais o direito preocupava-se apenas com a responsabilização penal e civil dos cidadãos, dando pouca ou nenhuma ênfase aos *poderes exercidos pelo Estado*, que na fase do medievo absolutista consagrou a própria irresponsabilidade sob a

⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. 1, p. 1.

⁵ “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta haec sunt: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” (“A Justiça consiste na constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o que lhe pertence. As regras do Direito são: viver honestamente, não lesar os demais e dar a cada um o que lhe é devido”). Ulpiano, *Digesto*, 1.1.10, *De iustitia et iure*. Disponível em: <<http://www.filodiritto.com>> (tradução nossa).

máxima “o Estado (ou seja, o Rei, ou o Legislador, ou o Juiz) jamais erra”.⁶ Mais recentemente, com a evolução (não sem percalços) das relações entre cidadãos e Estado para o atual patamar do Estado Democrático de Direito⁷, adentramos num cenário completamente diferente, onde a interpretação sistemática dos imperativos axiológicos firmados na ordem constitucional como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a legalidade e a moralidade, tornaram indefensável qualquer tese que pretenda sustentar a irresponsabilidade no plano estatal, uma vez que o Estado deve, obrigatoriamente, como decorrência inafastável daqueles postulados, submeter-se integralmente ao mesmo plexo de normas de conduta imposto à sociedade, bem como agir de forma afirmativa para garantir sua promoção. Nasce daí a obrigação de reparar integralmente os prejuízos injustamente causados pelo Estado aos direitos e interesses dos seus cidadãos e imputáveis ao mau funcionamento do seu aparato técnico-administrativo ou ao comportamento (lícito ou ilícito, comissivo ou omissivo, material ou jurídico) de seus agentes, em qualquer de suas esferas de atuação, o que se conhece juridicamente como *responsabilidade patrimonial e extracontratual do Estado*, objeto, em sentido mais amplo, do presente estudo.

No entanto, o ranço da irresponsabilidade estatal ainda não foi completamente eliminado. Mesmo considerando o atual contexto de submissão do

⁶ Conforme preleciona o Professor Romeu Felipe BACELLAR FILHO, segundo a construção teórica que legitimou esta fase “o Estado nunca poderia ser responsabilizado por qualquer ato cometido pelo poder Real e seus agentes, em nome da soberana qualidade de suas atitudes”, especialmente pelo fato da figura do Monarca estar associada com a manifestação do poder divino na terra, inviabilizando qualquer tentativa de responsabilização “estatal” já que se estaria reprovando a própria divindade o que, na época, apesar das críticas dos juristas, era completamente inaceitável dada a estreita vinculação entre Estado e religião. (*Direito Administrativo*, p. 212). Ver adiante os tópicos 3.3 e 3.4 que abordam a síntese evolutiva da responsabilidade estatal e suas teorizações.

⁷ Concepção moderna de Estado, de inspiração republicana, na qual um dos aspectos centrais é o fato do poder estatal não ser exercido de modo absoluto e não se encontrar concentrado numa única estrutura, antes estando limitado pelo conjunto de regras de proteção jurídica (o direito) estabelecido pelo poder exercido pelos cidadãos através de seus representantes politicamente constituídos (soberania popular). Segundo Jayme WEINGARTNER NETO, o “Estado Democrático de Direito” é o “Estado de Direito” com a legitimação democrática do poder a reconciliar os princípios de legalidade e legitimidade. (*O Estado democrático de direito, apontamentos histórico-críticos*, p. 172-175). MONTESQUIEU assinalou que a democracia ocorre quando o povo em conjunto possui o poder soberano, tendo como princípio que esta soberania seja exercida de forma direta ou por intermédio de representantes escolhidos e que é desejável que somente o povo elabore as leis. (*O espírito das leis*, p. 19-23). A este respeito ver também a excelente síntese histórica da professora. Odete MEDAUAR em sua obra *O Direito Administrativo em evolução*, p. 75-124.

Estado ao Direito,⁸ controverte-se ainda acerca da responsabilidade do Estado-juiz frente à sua atuação lesiva, manifestada em nossos dias principalmente pelo funcionamento anormal do serviço judiciário, pela denegação da justiça e pela prestação judiciária tardia. Cabem aqui, de pronto, duas indagações: o cidadão deve suportar o ônus imposto pela ineficiência da máquina judiciária quando busca a tutela estatal para resguardar seus direitos e interesses juridicamente? É admissível, no atual contexto (jurídico, ético e político), que o Poder Judiciário, guardião da equanimidade e, por isso mesmo, crucial na estrutura de poder de um Estado dito “de Direito”, continue irresponsável pelos danos que cause aos cidadãos quando funciona mal ou tardiamente? Pensa-se, veementemente, que não.⁹

A perpetuação deste tipo de imunidade exatamente onde o cidadão tem o seu último reduto de proteção afigura-se no mínimo perturbadora. Eis que se divisa aqui o núcleo deste trabalho, qual seja, a problemática em torno do *ato judiciário* e, mais especificamente, *do ato jurisdicional danoso como fato gerador da responsabilização estatal*. As indagações precedentes, ao delinear os contornos do problema, assombram aquele que, talvez, seja hoje o mais importante dos direitos humanos ditos “fundamentais”: o *direito de acesso à Justiça* – não em sua feição meramente “formal”, mas como efetiva prestação da tutela jurisdicional em face dos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência e legalidade.¹⁰

O tema escolhido, merecedor da alcunha de “último baluarte da irresponsabilidade estatal”,¹¹ apresenta grande contraste entre a doutrina e a jurisprudência na realidade brasileira hodierna e ganha vulto ainda maior quando se

⁸ O Direito passa a ser visto como instrumento necessário à concretização dos interesses coletivos e do próprio modelo de estado que visa tutelá-los, destinando-se, nas palavras de José Afonso da SILVA, “a assegurar o exercício de determinados valores supremos”, quais sejam: os direitos sociais, os direitos individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. “Assegurar”, segundo o renomado autor, tem “no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’”. (*Comentário contextual à Constituição*, p. 23).

⁹ Contemporaneamente, transpondo-se a questão para o plano ético, partilha-se aqui da sobranceira posição de Maria Celina BODIN DE MORAES, para quem o Direito pós-moderno (posterior à Segunda Guerra Mundial) trouxe, em substituição da ética da autonomia e da liberdade, a ética da responsabilidade e da solidariedade. (*Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 70-71).

¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05/10/1988, art. 37, *caput*. (redação dada pela EC 19/1998).

¹¹ Cf. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, p. 490.

tem em mente o inevitável deslocamento do centro de tensão dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário,¹² operado pela transição do modelo de Estado de Direito de cunho *liberal* para o *Estado Social* (ou assistencial, como insistem alguns) e, mais recentemente, deste para o atual *Estado Democrático de Direito*,¹³ estágio evolutivo em que o direito passa a ser visto como “instrumento de transformação social”,¹⁴ o que aumenta consideravelmente a carga de expectativas depositada sobre a atividade judicial, em todas as suas instâncias. A partir do momento em que nos damos conta de que é pelo exercício do direito de acesso à Justiça que se busca o reconhecimento e a proteção de todos os demais direitos assegurados em nosso ordenamento jurídico, inclusive a defesa e a promoção da dignidade humana,¹⁵ torna-se vital garantir aos cidadãos uma prestação jurisdicional digna, de ótima qualidade e comprometida com os elevados fins que dela se esperam na atual ordem constitucional, o que implica em uma nova postura ética de seus operadores, postura esta que não pode prescindir da ampla responsabilização estatal pelas falhas neste serviço, donde resta patente a proeminência de que goza a matéria sob foco, servindo esta constatação, por si só, de justificativa inequívoca para o tempo e dedicação aqui investidos em sua abordagem.

¹² Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 44.

¹³ Neste contexto observam-se historicamente três momentos do moderno Estado de Direito. O primeiro seria o Estado de Direito “formal”, de caráter liberal, onde predominou a influência do Poder Legislativo (“o império da lei”) já que o objetivo primordial de então era limitar o poder do Estado. Num segundo momento histórico o objetivo maior passa a ser a concretização das liberdades e igualdades formais apregoadas pelo Estado Liberal, o que nos levou ao modelo de Estado Social de Direito, onde passa a predominar a influência do Poder Executivo na condução das políticas de bem-estar social, que passam pela interferência direta e indireta na produção e circulação de riquezas. No terceiro momento surge o Estado Democrático de Direito, ao qual cumpre o papel de suprir o déficit de legitimação democrática experimentada nos 2 momentos anteriores. Busca-se desta forma uma participação mais efetiva, de forma direta e indireta, na vida pública e não somente na política (com a eleição de representantes). Cf. dentre outros: WEINGARTNER NETO, Jayme. *O Estado democrático de direito, apontamentos...*, p. 163-183 e XIMENES, Júlia Maurmann. *Reflexões sobre o conteúdo do Estado democrático de direito*, p. 1-17.

¹⁴ Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Constituição ou barbárie? – A lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito*, p. 6. Neste sentido ver também SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 112 e 119-122.

¹⁵ Oportuno aqui o registro da posição do professor Ingo SARLET para quem “a dignidade da pessoa é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade”. (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Na Constituição Federal de 1988*, p. 46).

Uma vez apontada a problemática sobre a qual se funda o presente trabalho e justificada a relevância acadêmica do seu temário, faz-se mister ao seu estudo sério apresentar inicialmente uma síntese sobre a evolução histórica e os aspectos gerais da responsabilidade civil em suas raízes civilísticas, com vistas a perquirir o sentido próprio das instituições envolvidas e obter um nível de compreensão que permita estabelecer as conexões entre elas mesmas e outras instituições, presentes ou pretéritas. Na seqüência, com apoio da teoria geral do Estado, serão delineadas as generalidades da responsabilidade estatal, mediante a investigação crítica de seus fundamentos e especificidades no âmbito do Direito Público, a fim de lançar bases sólidas para uma compreensão efetiva dos problemas ligados ao tema central. Deste ponto o foco do estudo passará ao âmago da questão da responsabilização estatal pelos atos judiciais, o que se buscará fazer sob o influxo de uma visão holística do fenômeno jurídico, ou seja, sempre que possível com recurso a mais de uma disciplina¹⁶ como forma de enriquecer a abordagem dos problemas apresentados e facilitar o seu enfrentamento diante da crescente complexidade das relações sociais e, por sua vez, do próprio direito.

Há que se abordar em vários momentos os pontos controversos sobre a aplicabilidade dos pressupostos da responsabilidade civil geral e estatal frente à atividade judicial, buscando ainda, quando conveniente e aplicável, o cotejo com o direito comparado, tudo com o intuito de, ao final, oportunizar uma reflexão profunda e o mais completa possível sobre o tema proposto, ainda que não se tenha a pretensão de alcançar conclusões definitivas sobre o assunto a ponto de esgotá-lo, até porque, como se sabe, o direito é como um organismo vivo que se desenvolve continuamente sob o impulso dinâmico da vida em sociedade.

¹⁶ Como afirmou Julio Altamira GIGENA já na introdução de sua obra, “a responsabilidade do Estado é um dos temas mais importantes do Direito Administrativo e um dos tópicos sobre o qual têm emitido opinião constitucionalistas, administrativistas e civilistas, posto que estes três ramos do Direito (constitucional, administrativo e civil) se unem para explicar cada uma das teorias da responsabilidade extracontratual do Estado”. (*Responsabilidad del Estado*, p. 17 – tradução nossa).

2. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. ESCORÇO HISTÓRICO

Conforme noticia a mais abalizada doutrina,¹⁷ nos primórdios da humanidade, o dano causado por um indivíduo trazia para si reações imediatas, instintivas e normalmente brutais por parte da vítima ou de seus familiares. Não existiam limitações ou regras a estas reações naturais de vingança e tampouco estas se limitavam à pessoa do ofensor, recaindo também, não raro, sobre membros de sua família, tribo ou clã, que efetivamente nada deviam e em proporções que geralmente muito excediam o dano sofrido. Era a reparação do mal pelo mal, que ao invés de pacificar as partes inicialmente envolvidas, ampliava e perpetuava os conflitos, não raro transformados em verdadeiras guerras.

Lentamente, com o avanço da civilização e por influência religiosa, desenvolve-se um primitivo senso de proporcionalidade entre o dano causado e a retaliação esperada: a *vindita meditata*, ou seja, uma forma de vingança justificada, amparada inicialmente pelo costume. Da prática costumeira estas noções evoluem para os princípios consignados nas primeiras leis escritas a regular a matéria, dentre as mais conhecidas estão a Lei Mosaica (o Pentateuco de Moisés) e o Código de Hamurábi, também conhecido como “Lei de Talião”. Consagra-se aqui o famoso “olho por olho, dente por dente”, que passa a ser aplicado, por assim dizer, sob supervisão dos reis ou dos líderes das tribos e clãs para garantir a proporcionalidade da represália, de forma a evitar conflitos generalizados, preservando a ordem social. Num estágio ulterior, quando se formam as noções de autoridade e soberania estatais, proíbe-se ao particular revidar o dano sofrido por seus próprios meios, tornando-se obrigatória a composição econômica do prejuízo pelo seu causador, inicialmente a critério da vítima ou seus familiares, depois tarifada, sob tutela do

¹⁷ Sobre a evolução histórica da responsabilidade jurídica ver, principalmente: BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*, p. 24-29; DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, v. 1, p. 16-20; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, p. 4-6; LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 10-12; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil: de acordo com a Constituição de 1988*, p. 1-6; SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*, p. 14-21 e VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. p. 27-28.

Estado. Destacam-se nesse particular os romanos, com suas noções de delitos públicos e privados, conforme se verá a seguir.

2.1.1. Pena e Reparação

Estão delimitadas neste brevíário as linhas iniciais da evolução histórica da responsabilidade civil, que conforme lição de Hélio Apoliano CARDOSO¹⁸, “confunde-se, até certo ponto, com a ‘história da pena’, o que só começa a se alterar, mesmo modestamente, no direito romano”.¹⁹ Isso se justificava em razão da origem comum de ambas as responsabilidades, civil e penal, no grande gênero responsabilidade moral. Com o desenvolvimento da civilização e das noções de responsabilidade jurídica, neste ramo, lentamente, *pena* e *reparação* foram se desenvolvendo em suas feições peculiares e com isso se distanciando. O marco histórico desta diferenciação foi a Lei das XII Tábuas (451 a.C.) do direito romano, que mais tarde evoluiu para a *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.), que extinguiu o *nexum*²⁰ nas relações contratuais e, mais adiante, para a *Lex Aquilia* (286 a.C.) que,

¹⁸ CARDOSO, Hélio Apoliano. *História dinâmica da responsabilidade civil*, p. 23.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p. 5: “A diferenciação entre a ‘pena’ e a ‘reparação’, entretanto, somente começou a ser esboçada ao tempo dos romanos, com a distinção entre os delitos públicos (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados. Nos delitos públicos, a pena econômica imposta ao réu deveria ser recolhida aos cofres públicos, e, nos delitos privados, a pena em dinheiro cabia à vítima. O Estado assumiu assim, ele só a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal.” A este respeito vide também: DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, v. 1, p. 18.

²⁰ O *nexum* era um instituto do direito quiritário (fase mais primitiva do direito romano), celebrado *per aes et libram* (pelo cobre e balança de pratos – perante um mínimo de 5 testemunhas), que vinculava a pessoa do devedor como garantia das obrigações por ele assumidas, cujo inadimplemento autorizava o credor a lançar mão do próprio corpo do devedor (*manus injectio*), que poderia vendê-lo como escravo, impor-lhe castigos físicos ou até mesmo matá-lo. Com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, no ano de 326 a.C., essa forma de execução pessoal foi definitivamente suprimida nas relações negociais romanas, passando o devedor a garantir o negócio com o seu patrimônio. Subsistiu, entretanto nas relações extranegociais e delituais até o advento da *Lex Aquilia*, em 286 a.C. A este respeito verificar: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão civil por dívida*, p. 20; CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. *Direito romano: a mancipatio, o nexum e a in iure cessio*, p. 71-73; MEIRA, Sílvio A. B. *Instituições de Direito Romano*, v. 1, p. 311-312; OLIVEIRA, Irineu de Souza. *Programa de direito romano*, p. 106-107 e ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*, p. 220-221.

por sua vez, estabeleceu princípios específicos para regulação da reparação de danos na esfera extranegocial.

Embora não tenha apresentado uma regra de conjunto, nos moldes das legislações modernas, a *Lex Aquilia* teve, dentre outros méritos, o de estabelecer a idéia de reparação pecuniária pelos danos causados e o de estabelecer as bases para a caracterização da culpa, ainda que pairam controvérsias na doutrina a respeito de suas origens. De um lado, sustenta-se a idéia de que a culpa era estranha à Lei Aquília; de outro, afirma-se que esta lei não a negava, defendendo sua presença como elementar na responsabilidade, com base no brocardo romano “*in lege Aquilia et levissima culpa venit*” (na Lei Aquília ataca-se até mesmo a culpa levíssima)²¹. A *Lex Aquilia*, conforme noticia a doutrina, serviu ainda de campo para a atuação da jurisprudência, que através dos pretores e jurisconsultos ampliou significativamente sua extensão e âmbito de tutela, com o abrandamento das rigorosas condições originalmente impostas para o exercício das ações, de forma a favorecer o prejudicado.²²

Muito mais tarde, no direito francês da idade moderna, após gradativos aperfeiçoamentos das noções herdadas do direito romano, foram sistematizados e estabelecidos de forma nítida os princípios gerais da responsabilidade civil (perante a vítima), separando-a definitivamente da responsabilidade penal (perante o Estado). Atinge-se nesta fase grande refinamento no desenvolvimento das noções de culpa e de responsabilidade e suas vertentes contratuais e extranegociais, conforme decorrentes ou não do descumprimento de obrigações avençadas em contrato.

²¹ Tradução nossa.

²² Cf. DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, v. 1, p. 18-19. No mesmo sentido GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p. 5.

2.1.2. Da Culpa ao Risco

Foi com base na orientação doutrinária francesa²³, especialmente a desenvolvida pelos juristas Domat e Pothier no século XVIII, culminando depois na edição do Código de Napoleão²⁴, que se estabeleceu a teoria clássica da responsabilidade civil amplamente difundida pelo mundo e também adotada no Brasil, assentada sobre três pressupostos, assim resumidos: 1) a ocorrência de um dano; 2) a culpa do autor deste dano; e 3) a relação de causalidade entre o fato culposo e o dano. Consagra-se destarte, por todo o mundo o *dogma da culpa*, ou seja, a idéia até hoje enraizada de que não há responsabilidade sem culpa ou dolo do agente (culpa lato sensu).

Fatores como o rápido progresso tecnológico, o desenvolvimento industrial e a crescente multiplicação dos danos deles oriundos, sem reparação pelo viés da teoria clássica, experimentados paralelamente pelo direito moderno, conduziram o instituto da responsabilidade civil a uma evolução de forma a suplantar o prisma de seu, então, único fundamento, deixando de ancorar o dever de reparar o dano na culpa do agente. Neste sentido, noticia a doutrina especializada que:

Foi no campo dos acidentes de trabalho que a noção de culpa, como fundamento da responsabilidade, revelou-se primeiramente insuficiente. Na medida em que a produção passou a ser mecanizada, aumentou vertiginosamente o número de acidentes, não só em razão do despreparo dos operários mas, também, e principalmente, pelo empirismo das máquinas então utilizadas, expondo os trabalhadores a grandes riscos. O operário ficava desamparado diante da dificuldade – não raro, impossibilidade – de provar a culpa do patrão. A injustiça que esse desamparo representava estava a exigir uma revisão do fundamento da responsabilidade civil. Algo idêntico ocorreu com os transportes coletivos, principalmente trens, na medida em que foram surgindo. Os acidentes multiplicaram-se, deixando as vítimas em situação de desvantagem. Como iriam provar a culpa do transportador por um acidente ocorrido a centenas de quilômetros de casa, em condições desconhecidas para as vítimas ou seus familiares?²⁵

²³ Cf. DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, v. 1, p. 20; PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 6.

²⁴ Código Civil dos franceses, outorgado por Napoleão I em 1804.

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 127.

Assim, a clássica vertente da *responsabilidade civil subjetiva* (baseada na culpa) passa a ter a seu lado a *responsabilidade civil objetiva*, baseada principalmente no critério do risco²⁶, teorização desenvolvida e sistematizada pelos juristas franceses Saleilles e Josserand no final do século XIX e início do século XX, principalmente com base nas idéias provenientes da doutrina alemã²⁷, segundo a qual toda atividade humana, por oferecer riscos deve ser garantida por aquele que a pratica, independentemente da existência de culpa ou dolo do agente causador do dano, cobrindo muitas das hipóteses em que o apelo à responsabilidade subjetiva se mostrava insuficiente para garantir a reparação da vítima (especialmente em face da dificuldade de se aferir e comprovar a culpa) como, por exemplo, nos acidentes de trabalho ocorridos nas indústrias. Muda-se desta feita o enfoque no direito moderno: *não se visa somente o autor do dano, mas eminentemente a sua vítima*²⁸. É a fase em que se operou a objetivação e a coletivização da responsabilidade com vistas a proporcionar maior proteção aos cidadãos. A responsabilidade civil objetiva, conforme lição de Carlos Roberto GONÇALVES, “funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com a situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*). Quem aufere os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos)”.²⁹ A responsabilidade objetiva, portanto, se opõe à máxima vigente entre os séculos XVII e XIX segundo a qual não poderia haver responsabilidade sem culpa.

Quanto à indenização, impera o princípio da responsabilidade patrimonial, ou seja, o lesante responde com o seu patrimônio pelos prejuízos causados a terceiros. Deverá haver plena e total reparação dos direitos do lesado (*restitutio in integrum*), até onde suportarem as forças do patrimônio do devedor, de forma a compensar a vítima pelo prejuízo sofrido. Essa lógica pode, entretanto, limitar a

²⁶ Concepção surgida com o desenvolvimento tecnológico e a conseqüentemente proliferação dos riscos e acidentes, em que a obrigação de reparar os danos se funda no exercício de uma atividade que, apesar de lícita, potencialmente poderá causar danos a terceiros. Maiores detalhes sobre a teoria do risco serão encontrados nos tópicos 2.2 (aspectos gerais), 2.3.2 (fundamentos – risco) e 3.4.3 (fase publicista).

²⁷ Cf. DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, v. 1, p. 50-66.

²⁸ Cf. CARDOSO, Hélio Apoliano. *Responsabilidade civil no novo Código Civil: doutrina, jurisprudência e prática*, p. 37.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p. 7.

satisfatividade da compensação no caso de um lesante insolvente, já que sem patrimônio ou com um patrimônio reduzido pode se tornar impossível a justa reparação pelos prejuízos causados.³⁰

2.1.3. O Contexto Brasileiro e as Tendências Contemporâneas

No direito brasileiro a evolução resumida nos parágrafos anteriores foi mais lenta. Houve em tese, desde o início de nossa história jurídica, a adoção ampla da teoria da culpa para fundamentar a responsabilidade civil. O legislador, ainda que timidamente, foi abrindo exceções a este princípio, admitindo casos de responsabilidade sem culpa, especialmente por meio de leis esparsas. Contudo, isso foi feito de maneira tímida, sem acompanhar as inovações e as orientações de outras legislações que lhe foram contemporâneas no que tangia a objetivar a responsabilidade, apegando-se a exigências que dificultavam o ressarcimento dos prejudicados, pois o legislador, para mitigar a comprovação da culpa, se baseou numa solução intermediária entre a responsabilização subjetiva e a objetiva: a presunção da culpa. Exemplo típico foi a legislação acerca da operação de ferrovias (Decreto Nº 2.681 de 07/12/1912)³¹.

Sinteticamente podem ser identificadas três fases distintas no Brasil. Na primeira, anterior às codificações, havia as Ordenações do Reino (Afonso de Albuquerque, Manuelinas e Filipinas), que se sustentavam nas glosas do Direito Romano com

³⁰ Este é um dos argumentos que, a nosso ver, depõe contra a responsabilização pessoal dos magistrados consoante defendido por alguns doutrinadores, já que diante do Estado como contraparte na relação processual indenizatória torna-se mais fácil encontrar uma massa econômica apta a satisfazer integralmente a vítima do dano ainda que se deva ponderar a respeito da excessiva lentidão do processo executivo contra o Estado por meio do atual (e a nosso ver extremamente iníquo) sistema de precatórios.

³¹ Esta lei, tida como precursora no Brasil da responsabilidade objetiva, estabelecia em seu art. 17, na verdade, a *presunção de culpa* das estradas de ferro pelos danos por elas causados, o que consistia numa solução tecnicamente intermediária entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, fazendo-as equivalerem-se nos efeitos práticos. Com base no critério da especialidade a jurisprudência a considerou válida mesmo após o advento do Código Civil de 1916 e, de forma paulatina foi, ousadamente, estendendo sua aplicação a todos os contratos de transporte. Cf. TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. *Temas de Direito Civil*, p. 179-183.

notas de Direito Canônico. A segunda fase foi marcada pelo Código Criminal de 1830, com origem na idéia de “satisfação”, ou seja, no ressarcimento do dano, fórmula que, guardadas as devidas modificações, é empregada até nossos dias. Já a terceira fase, marcada no final do século XIX pela obra monumental de Teixeira de Freitas, trouxe a distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, concentrando a satisfação do prejuízo decorrente do delito na legislação civil, que desembocou no modelo adotado em nosso Código Civil de 1916, trazendo incrustada a doutrina da responsabilidade fundada na culpa, como se vê em seu art. 159³².

Hodiernamente, apesar dos avanços e das conquistas no campo da responsabilidade civil, a doutrina e a jurisprudência nacionais ainda controvertem acerca de alguns aspectos teóricos, principalmente em relação à responsabilidade de cunho objetivo, em especial no que toca à teoria do dano objetivo, ao nexo de causalidade, às suas excludentes e ao *onus probandi*. Mais adiante veremos que algumas destas controvérsias se estendem em maior grau à seara da responsabilidade patrimonial do Estado onde, em tópico próprio, oportunamente, aprofundaremos esta discussão.

Contemporaneamente, assinala-se a forte tendência de abandono do tradicional critério da culpa e o surgimento de novas propostas além do risco para a fundamentação da responsabilidade civil. Nesta direção apontam as formulações doutrinárias do *risco integral* e do *dano objetivo*, muito próximas entre si e ainda carentes de uma elaboração mais consistente e esmerada para delimitar seus contornos. Ambas são de caráter objetivo mas inspiradas no critério da equânime repartição dos encargos sociais, segundo a qual existindo um dano este deve ser ressarcido por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente da existência de culpa na ação ou omissão causadora e do risco potencial que a atividade desenvolvida apresente. Estas teorias consagram, ao lado da teoria do

³² CC/1916: Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

risco, a tendência atual de objetivação dos fundamentos da reparação civil.³³ Trata-se de uma forma de socialização dos danos, que passam a ser vistos como um “problema coletivo e social”,³⁴ tendência atual do direito em reconhecer a primazia da idéia de ressarcimento em relação à de responsabilidade, com a idéia de risco substituindo a idéia de culpa e a responsabilidade objetiva substituindo a responsabilidade subjetiva.³⁵ Resta-nos destacar que estas linhas interpretativas se coadunam com a ótica solidarista impressa em nosso texto constitucional, ao balizar o exercício dos direitos subjetivos com uma tábua de valores afinados com o princípio-matriz da dignidade da pessoa humana. Encontra-se aqui, como veremos à frente, um forte supedâneo à responsabilização estatal em seu contexto e formato atuais.

2.2. ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAIS

Na sua etimologia o termo *responsabilidade* deriva do latim, dos vocábulos *respondeo*, *respondere*, que se associam à idéia de um indivíduo se comprometer, constituir-se garantidor de algo e, ao mesmo tempo, do vocábulo *spondeo*, associado à idéia de prometer ou garantir solenemente e que representava a fórmula do direito romano primitivo na qual se vinculava solenemente a pessoa do devedor nos contratos verbais³⁶. Originalmente, portanto, o significado da palavra

³³ LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 101, p. 148.

³⁴ Neste sentido as ponderações de Anderson SCHREIBER acerca da diluição dos danos e da responsabilidade social que pontuam sua obra: *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, em especial, nas p. 212-225.

³⁵ Cf. DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, v. 1, p. 14-15.

³⁶ Uma espécie primitiva destes contratos pessoais (verbais porém extremamente formais) era a *sponsio*, que depois evoluiu para a *stipulatio*, sob o *jus civile*, onde para formalizar o negócio o credor, após enunciar as condições perguntava solenemente ao devedor: “*spondes mihi dare certum?*” Ao que, igualmente solene, para sacramentar a aceitação, deveria ser a resposta do devedor: – “*spondeo!*”. A *sponsio*, além da relação negocial, estabelecia entre as partes um vínculo de natureza religiosa. Cf. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*, p. 2; OLIVEIRA, Irineu de Souza. *Programa de direito romano*, p. 112-113; ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*, p. 221-222 e 260 e VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*, p. 370.

responsabilidade nos remeteria à idéia de contraprestação, de correspondência, resultando na posição jurídica daquele que não executou um dever que lhe era cabível, sendo-lhe por isso impingido outro dever em caráter ressarcitório como forma de sanção em face de obrigação anterior não satisfeita, aproximando-se da idéia de dever jurídico, posicionamento este defendido na doutrina, dentre outros, pelo professor PLÁCIDO E SILVA em seu monumental Vocabulário Jurídico³⁷ e que também se apresenta na lição do professor e magistrado Sérgio CAVALIERI FILHO quando no início de sua obra exprime as noções de dever jurídico originário e sucessivo bem como a distinção entre obrigação e responsabilidade.³⁸ Tal opinião, compartilhada também por Carlos Roberto GONCALVES, tem na obra deste autor lição a nosso ver bastante clara a respeito, *in verbis*:

Obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) **o direito de exigir do devedor** (sujeito passivo) **o cumprimento de determinada prestação**. Corresponde a uma relação de natureza pessoal, de crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível.

A obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não se confundem, pois, *obrigação* e *responsabilidade*. **Esta só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira**. A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional.³⁹

(Grifos nossos)

A distinção apontada nos parece relevante pelo fato de ser aplicável a todas as modalidades de responsabilidade, no sentido de que quando há a inexecução de uma obrigação ou a realização de ato ilícito se estabelece uma nova obrigação que substitui a obrigação preexistente (a de cumprir o contratado ou a de não lesar) pela obrigação de reparar o prejuízo causado (dever jurídico sucessivo).⁴⁰

A partícula *civil* agregada ao termo *responsabilidade* nos remete à idéia de composição patrimonial da responsabilidade, ou responsabilidade na esfera privada

³⁷ PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. *Vocabulário Jurídico*, v. Responsabilidade, p. 1222.

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 2-3.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*, v. 11, p. 2-3. Suas considerações encontram amparo também na doutrina de Aguiar DIAS, *op. cit.*, v. 1, p. 2-3.

⁴⁰ Cf. DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, v. 1, p. 125-126; CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 3.

como também é conhecida, unicamente com caráter ressarcitório no intuito de recompor os danos, materiais ou imateriais, sofridos pelo lesado em oposição à responsabilidade *penal*, de caráter público, cujo objetivo é penalizar socialmente o infrator nos casos em que o ato ilícito praticado, pela sua gravidade, ofenda a toda a sociedade. Estas noções, ainda que científica e conceitualmente insuficientes a um estudo mais aprofundado e rigoroso, servem de base para um preliminar e rápido entendimento da matéria geral em foco sem grandes incursões ao desenvolvimento das teorias e às discussões que o instituto e seus fundamentos ensejam, desnecessárias, a nosso ver, ao objetivo final deste estudo.

2.2.1. *Lineamentos Conceituais*

O mestre José de Aguiar DIAS já no início de sua obra basilar sobre a responsabilidade civil nos alerta que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto como os aspectos que pode abranger, conforme as teorias filosófico-jurídicas”.⁴¹

Contudo, para os fins deste estudo e baseados nas noções expostas anteriormente, pode-se definir a responsabilidade civil, sinteticamente, como a *obrigação que pode ser imposta a uma pessoa de reparar os danos causados a outra por ato ou fato próprio ou de pessoas ou coisas que a ela se vinculem, ou seja, quando há, por parte daquela, violação de um dever jurídico preexistente*. Assim, em princípio, toda atividade que acarreta um prejuízo a terceiro gera, por consequência, a responsabilidade ou dever de indenizar, imputável a quem a realizou. Haverá, por vezes, como se abordará adiante, situações que podem atenuar ou mesmo afastar essa responsabilidade indenizatória.⁴²

⁴¹ DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, v. 1, p. 1.

⁴² Consultar a este respeito a seção 3.5, a respeito das atenuantes e excludentes da responsabilidade civil.

Em reforço a esta definição tem-se o escólio de SERPA LOPES, para quem “a violação de um direito gera a responsabilidade em relação ao que a perpetrou. Todo ato executado ou omitido em desobediência a uma norma jurídica, contendo um preceito de proibição ou de ordem, representa uma injúria privada ou uma injúria pública, conforme a natureza dos interesses afetados, se individuais ou coletivos.”⁴³ Neste mesmo sentido podemos citar ainda o escólio de José de Aguiar DIAS que nos ensina com sintética sabedoria que “a responsabilidade civil é pura resultante do equilíbrio violado pelo dano”.⁴⁴

É a perda ou a diminuição verificada no patrimônio do lesado ou o dano de natureza extrapatrimonial (moral) que ensejam a reação legal, ocasionada pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco da atividade por ele desenvolvida. Além do ato ilícito, originalmente vinculado pela teoria clássica à culpa do agente, há outros fatos geradores de responsabilidade civil, em que o dano é reparável sem fundamentação na culpabilidade, baseando-se no risco que atividade desenvolvida representa e na existência de casos de responsabilidade por ato lícito, em que o dano nasce de um fato permitido moral e legalmente e mesmo quando praticado pelo agente nas circunstâncias previstas pelo ordenamento, obrigando-o a ressarcir o lesado do prejuízo que lhe causou, como ocorre, por exemplo, nos casos de estado de necessidade, regulados no Código Civil, em seus arts. 188, II, 929 e 930:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

[...]

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

[...]

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

⁴³ SERPA LOPES, Miguel de. *Curso de Direito Civil*, v. 8, p. 550-551.

⁴⁴ DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, v. 1, p. 42.

Como se percebe, os atos previstos no inciso II (deterioração ou destruição de coisa alheia ou lesão a pessoa) são lícitos na condição prevista (o *caput* do art. 188 assim afirma), ou seja, são permitidos e socialmente aceitos desde que esteja presente uma condição (remoção de perigo iminente), porém, não afastam do agente que cause o dano a obrigação de indenizá-lo, salvo quando a vítima for a culpada pela condição de perigo.

Podemos afirmar que a responsabilidade, em seu sentido de repercussão obrigacional da atividade humana e em sua conotação jurídica, pode se apresentar sob variados aspectos, sendo ela de natureza civil, penal ou administrativa. Iremos nos ater aqui, entretanto, somente à responsabilidade civil e, em alguns momentos à administrativa, que se encontram ligadas ao cerne deste estudo.

O termo *responsabilidade*, portanto, é utilizado sempre nas situações em que uma pessoa, física ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato ou negócio que cause dano a outrem, ou seja, genericamente, de um ato ou de uma conduta, que pode ser analisada e punida tanto na esfera civil quanto na esfera administrativa ou criminal (se, além do dano, transgredir a legislação específica, administrativa ou penal) ou mesmo nas três, simultaneamente.

A doutrina, ao distinguir a responsabilidade civil da penal, nos adverte da proximidade entre seus fundamentos, diferindo ambos nas condições em que surgem.⁴⁵ A diferença entre elas é que, basicamente, na esfera civil a punição tem caráter privado, particular, de caráter eminentemente patrimonial e cunho ressarcitório, de onde advém, como já citamos, o termo “responsabilidade civil”, enquanto na esfera criminal a punição tem caráter pessoal, intransferível, e seu interesse é puramente social, coletivo, de caráter repressivo (responsabilidade penal) e também preventivo, visando claramente desencorajar determinadas condutas, por socialmente repugnadas. Cabe noticiar brevemente uma terceira situação, bem mais específica, pois limitada a determinados sujeitos: é aquela que enseja a *responsabilidade administrativa* que, independentemente da ocorrência de um dano concreto, caracteriza-se pela *conduta de servidor público* que viola uma norma interna da Administração Pública, constituindo um ilícito administrativo,

⁴⁵ Cf. DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, v. 1, p. 7-10; GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit.*, p. 18-21.

processado e sancionado *interna corporis* pela entidade estatal através de processo administrativo, mas que pode ter reflexos civis e/ou criminais concomitantes, conforme já anunciado, dependendo da gravidade da conduta ou se dela decorreram danos.⁴⁶

Partindo-se destas observações deve-se lembrar que toda e qualquer atividade humana, comissiva ou omissiva, pode acarretar danos e, portanto, o dever de indenizar, haja vista que existe sempre a possibilidade de atingir prejudicialmente a esfera pessoal ou patrimonial alheia incidindo-se, em decorrência disso, no campo obrigacional. Desta forma, costuma-se, tradicionalmente situar o estudo da responsabilidade, no Direito Civil, no âmbito do direito das obrigações, uma vez que ela agrega em torno de si todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar. Neste sentido aponta a observação do professor Francisco AMARAL, para quem:

A expressão 'responsabilidade civil' pode compreender-se em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, tanto significa a situação jurídica em que alguém se encontra de ter de indenizar outrem quanto a própria obrigação decorrente dessa situação, ou, ainda, o instituto jurídico formado pelo conjunto de normas e princípios que disciplinam o nascimento, conteúdo e cumprimento de tal obrigação. Em sentido estrito, designa o específico dever de indenizar nascido do fato lesivo imputável a determinada pessoa.⁴⁷

Examinando-se o conceito jurídico da responsabilidade civil e sua historiografia fica evidente que ele não é conformado apenas pelo direito positivo ou pela ação doutrinária, antes extrapolando os domínios da teoria jurídica, informado por variadas formas de saber.⁴⁸ Magistral neste sentido é a lição da Professora Giselda Maria HIRONAKA sobre o conceito de responsabilidade civil, aqui reproduzida *in verbis* em função da eloquência que lhe é própria:

⁴⁶ O jurista e professor francês Jean RIVERO faz alusão à responsabilidade administrativa em sua obra com o sentido que a doutrina brasileira entende, e aqui empregamos, de responsabilidade do Estado. (*Direito Administrativo*, p. 305 e ss.).

⁴⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*, p. 558.

⁴⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, p. 22.

... Será sempre um *conceito a repercutir no campo da ética, da política, das ciências humanas e no vulgar*, mas principalmente será derivado dessa repercussão: mais do que causa de discussões, a responsabilidade civil, como conceito ou noção, é uma criação coletiva de *muitas formas distintas de saber*. Desde que o formalismo jurídico perdeu sua força a partir de meados do século XX, a responsabilidade civil é uma criação que nem de longe pode ser tomada como exclusividade da teoria jurídica. Caso se pretenda considerar racionalmente o conceito jurídico de responsabilidade civil, será preciso ir além do jurídico, porque o jurídico, exclusivamente, não é mais base suficiente para a sua compreensão.⁴⁹ (grifos no original)

Esta linha interpretativa externada pela autora toca, como retomaremos adiante, numa das causas daquilo que vem sendo chamado de “crise da responsabilidade civil”, conforme referida pela doutrina.⁵⁰

Em síntese e recapitulando, temos na responsabilidade civil, portanto, um mecanismo jurídico de reação do lesado onde, como princípio, busca-se restaurar o equilíbrio violado pela conduta, ato ou fato ligado ao agente do dano através da indenização que lhe é imposta, uma vez que a ocorrência de um prejuízo ou dano injusto sem a devida reparação torna-se um fator de inquietação social. Resta, portanto, “rigorosamente sociológica, a noção da responsabilidade como aspecto da realidade social. Decorre dos fatos sociais, é o fato social”.⁵¹

Entretanto, sob um viés crítico e bem mais recente, “a justiça a ser reclamada tem por perfil aquele traço mais comum, vulgar ou singelo que é considerado por todas as tradições humanas: o equilíbrio na esfera individual da vítima e a harmonia social se encontrarão restabelecidos depois que a ação injusta for penitenciada por alguma forma de compensação”.⁵² Percebe-se deste modo que a responsabilidade civil, como tem sido comumente formulada, está extremamente atrelada à idéia de propriedade, e por isso carece de um “ideal geral de compensação por perdas e danos”, concebido pela tradição moral burguesa do século XVIII, de cunho individualista.⁵³ Mais do que isso, percebe-se que o momento atual apresenta uma preocupação cada vez maior de garantir o direito do cidadão de

⁴⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁰ A este respeito consultar a seção 2.3 (Critérios de fundamentação) para aprofundamento.

⁵¹ DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, v. 1, p. 1.

⁵² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *op. cit.*, p. 17-19.

⁵³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *idem*, p. 23-24.

não ser vítima de danos, um nítido caráter preventivo que busca seu espaço no sistema de responsabilidade civil ao lado daquele que sempre foi ocupado pela reparação dos danos já ocorridos.⁵⁴

2.2.2. *Espécies*

Ao se falar em responsabilidade civil, outro aspecto importante a se ter em mente é o de que existem diferentes espécies de responsabilidade civil, conforme a perspectiva sob a qual se analisa o instituto. Assim, de forma breve, e referenciados pela sistematização empregada na doutrina mais consagrada, poderemos ter a responsabilidade civil classificada didaticamente de três maneiras: em relação ao *fato gerador*, em relação ao seu *fundamento* e relativamente ao *agente* que pratica a ação ou omissão lesiva.⁵⁵ Porém não são as únicas.⁵⁶

Sob o primeiro enfoque, em relação ao *fato gerador*, temos a responsabilidade civil com origem *contratual* e temos aquela com origem *extracontratual*. Na primeira, como se depreende, a relação de obrigação funda-se em uma relação negocial, isto é, num contrato onde são assumidas determinadas obrigações, que se descumpridas por uma das partes gera a esta o dever de indenizar e à outra o direito ao ressarcimento. Já na segunda, também conhecida

⁵⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *idem*, p. 2-4.

⁵⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 7, p. 126-129. Outros autores consagrados como Francisco AMARAL (*Direito Civil: introdução*), Sérgio CAVALIERI FILHO (*Programa de responsabilidade civil*), Caio Mário da Silva PEREIRA (*Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1988*) e Sílvio de Salvo VENOSA (*Direito Civil: responsabilidade civil*) seguem classificações que se amoldam a essa linha sistemática, porém não completamente idênticas.

⁵⁶ Cumpre-nos advertir que, em função da perspectiva empregada pelo analista, estas espécies muitas vezes se multiplicam e a matéria, de forma geral, não se encontra pacificamente sistematizada gerando, por vezes, perplexidades diante de subdivisões ou mesmo classificações distintas entre si para os mesmos fundamentos.

como responsabilidade aquiliana,⁵⁷ não há vínculo jurídico prévio ao dano entre a parte que o causa e aquela que o sofre e a reparação devida decorre não de uma avença, mas de uma conduta lesiva que fere a esfera moral ou patrimonial alheia, infringindo o dever geral de não lesar. No entanto, o pano de fundo é, como se pode perceber em ambos os casos, a realização de *ato ilícito*,⁵⁸ elemento crucial na teoria da responsabilidade civil e que em nosso ordenamento encontra-se regulado nos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Saliente-se que, conforme advertência de Teresa Ancona LOPEZ, a ilicitude diz respeito ao ato em si, objetivamente considerado, sem levar em conta as intenções do sujeito, não se confundindo, portanto, o conceito de ilicitude com a noção de culpa.⁵⁹

Sob o enfoque do *fundamento*, vamos encontrar a *responsabilidade subjetiva*, que tem esta denominação em função de se basear na análise dos aspectos subjetivos da conduta do agente causador do dano, que geralmente se reduzem à culpa em sentido lato⁶⁰ e a *responsabilidade objetiva*, assim denominada por se basear na análise dos elementos objetivos da conduta do responsável, cujo fundamento original remonta ao conceito de risco da atividade desenvolvida ou, mais recentemente, no próprio dano experimentado pelo lesado, independentemente de considerações sobre a conduta ou o risco da atividade desenvolvida pelo responsável.

Relativamente ao *agente* teremos duas espécies: a *responsabilidade direta*, onde a ação ou omissão provém da própria pessoa, que responderá por conduta própria e a *responsabilidade indireta* (ou complexa), onde a ação ou omissão danosa é decorrente da conduta de terceira pessoa, com a qual o agente mantenha vínculo legal de responsabilidade (cujos exemplos típicos são os pais por atos dos

⁵⁷ O termo “Responsabilidade Aquiliana” deriva da *Lex Aquilia de Damno*, do período clássico do Direito Romano, séc. III a.C., que introduziu o princípio civilizado da responsabilidade patrimonial na esfera extranegocial, onde antes prevalecia a execução pessoal, que poderia resultar em escravidão, prisão ou violências físicas contra o devedor. Neste sentido ver, dentre outros: DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. 1, p. 18; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, p. 5; LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, p. 11 e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil...*, p. 3.

⁵⁸ Ilícito, genericamente considerado, é tudo aquilo que é contrário às regras do direito.

⁵⁹ LOPEZ, Teresa Ancona, *op. cit.*, p. 115.

⁶⁰ O termo culpa, empregado em acepção ampla, engloba a culpa em sentido estrito e o dolo.

filhos menores e o empregador por ação ou omissão de seus empregados), ou de fato de animal ou coisa sob sua guarda e vigilância.

2.3. CRITÉRIOS DE FUNDAMENTAÇÃO

As teorias jurídicas que procuram explicar e sistematizar a responsabilidade civil lançam suas bases sobre elementos-chave que se constituem em verdadeiros parâmetros fundantes, capazes de expressar e justificar diante do caso concreto a ancestral obrigação de restaurar o dano sofrido injustamente por alguém. Tradicionalmente, estes critérios de fundamentação⁶¹ utilizados pela doutrina se resumem a dois: a *culpa* e o *risco*, ainda que não sejam eles os únicos possíveis.⁶²

Estes critérios fundantes atuam nas duas principais etapas identificáveis no percurso que vai da ocorrência do fato danoso até a sua reparação. A primeira se refere ao fato gerador da responsabilidade, isto é, àquele que, sendo a causa do

⁶¹ Cabe aqui uma observação de caráter terminológico, ainda que sobre questão incidental. Uma das dificuldades encontradas neste ponto da pesquisa foi delimitar com precisão o uso das palavras “critério”, “fundamento” e “pressuposto” para os elementos determinantes na caracterização da responsabilidade civil, especialmente pela falta de rigor com que a doutrina trata esta questão semântica, gerando certa perplexidade. Observe-se que para a caracterização da responsabilidade civil há, basicamente, três elementos: um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico preexistente (haja vista a responsabilidade pressupor o descumprimento de uma obrigação), concretizada por meio de uma conduta; um elemento material-causal, que se consubstancia no dano e na respectiva relação de causalidade entre ele e a conduta e um terceiro elemento, este teórico, que pode ser subjetivo ou objetivo (em essência a culpa ou o risco, respectivamente), conforme o enfoque adotado para fundamentar a teoria jurídica correspondente (responsabilidade civil subjetiva ou objetiva). (Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 17-18). Assim, justifica-se a utilização de “critérios de fundamentação” para referência aos elementos *culpa* e *risco*, que atuam intrinsecamente na determinação de todo o substrato conceitual envolvido nas noções e distinções fundamentais da responsabilidade jurídica, tanto em sua origem quanto em sua lógica interna, e a utilização de “pressupostos” (no sentido de antecedente necessário) para referência aos elementos de natureza formal e material-causal, comuns a ambas as teorias jurídicas da responsabilidade, ou seja, a *conduta*, o *dano* e o *nexo de causalidade*. Acelino Rodrigues CARVALHO (*Pressupostos da responsabilidade civil*, p. 59-61), intenta esmiuçar a questão aqui apresentada sob um ângulo próximo, contudo, a nosso ver, sem obter o sucesso esperado.

⁶² Frise-se em relação a este ponto que a doutrina nacional, quando o aborda, costuma citar de passagem a *obrigação legal*, a de *garantia* e o *dano* como possíveis critérios fundantes da responsabilidade de caráter objetivo, alternativamente ao risco, contudo, sem esclarecer suas distinções e sua real aplicabilidade teórica e prática frente à problemática dos casos concretos.

episódio danoso, estabelece o direito à reparação da vítima. A segunda etapa é a que irá designar o responsável pela reparação do dano causado, quando então serão indicados os fundamentos dessa imputação.⁶³ Registrando as observações de Giselda HIRONAKA, note-se que a culpa pode se apresentar em ambas as etapas, atuando, tanto como fato gerador da responsabilidade e fundamento do direito à reparação – na primeira etapa, quanto como fundamento da própria imputação da responsabilidade – na etapa seguinte.

Antes de empreender o estudo dos fundamentos citados inicialmente, convém esclarecer, ainda que em apertada síntese, que é neste ponto da teoria geral da responsabilidade civil que reside boa parte das discussões e das dissensões doutrinárias. Surge e desenvolve-se aqui o que a doutrina crítica vem chamando de “crise da responsabilidade civil”, fundada basicamente sobre 3 problemas.

O primeiro é a própria crise do direito na sociedade pós-moderna, momento atual na história da humanidade, como decorrência das crises sociais, ideológicas e políticas e da nova visão de mundo globalizado, visão esta cada vez mais tecnicista e inquieta diante da insegurança provocada pelas mudanças que os indivíduos experimentam diariamente.⁶⁴ O segundo problema identificado é a inconsistência da noção contemporânea de culpa diante da ampliação do campo de abrangência da responsabilidade e da realidade ético-política do ser humano, impressa na noção de normalidade, decorrente do afastamento dos conceitos jurídicos das outras formas de saber (filosofia, sociologia, antropologia, dentre outras).⁶⁵ O terceiro problema reside no fato de que o indivíduo aceita de forma cada vez menos conformada os infortúnios da vida, o que decorre de uma valorização cada vez mais intensa da dignidade humana,⁶⁶ buscando em conseqüência meios jurídicos e práticos no sentido de prevenir a ocorrência de danos, não bastando mais apenas o tratamento reparatório, *post facto*.

⁶³ JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 5. ed. Paris: Éditions Dalloz, 2000 *apud* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *op. cit.*, p. 151.

⁶⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *op. cit.*, p. 114-118.

⁶⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *op. cit.*, p. 15-20.

⁶⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *op. cit.*, p. 133.

O contexto apontado movimenta a doutrina com uma série de questionamentos e propostas acerca das formulações teóricas já existentes, bem como a criação de outras, completamente novas. O fato que nos parece certo, entretanto, é que o instituto da responsabilidade civil, em sua qualidade de elemento da teoria geral do direito, vai continuar em ebulição por muito tempo, quiçá permanentemente, devido ao cenário de constantes transformações que têm marcado este novo milênio e, pela via reflexa, marcado também a forma com que o direito procura regular as relações sociais.

2.3.1. Culpa

Conforme mencionado na síntese histórica expendida no início deste capítulo, durante muito tempo o único critério de fundamentação considerado no processo evolutivo da responsabilidade civil, no Brasil e no mundo foi a *culpa*, ainda que se admitisse excepcionalmente a responsabilidade sem demonstração da culpa (na forma de culpa presumida ou mesmo responsabilidade objetiva), em vista da grande dificuldade prática de se provar a culpa do causador do dano e as pressões sociais daí decorrentes. No entanto, conforme advertência de Sérgio CAVALIERI FILHO, nos parece mais correto falar em *conduta culposa*, pois “a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana”.⁶⁷ Entende-se por *conduta* o comportamento humano voluntário que se exterioriza por meio de uma ação ou omissão. Pelo viés subjetivo é esta conduta humana que, quando contrária ao direito e lesiva, ensejará a reparação dos danos causados a outrem.

Conceitualmente, a culpa, para efeitos de responsabilização civil, é considerada em seu sentido amplo, abrangendo, assim, também o dolo, ou seja, é toda espécie de comportamento voluntário contrário ao direito, seja intencional ou não, mas sempre imputável, direta ou indiretamente, ao agente causador do dano.

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 23.

Convém, aqui, proceder a uma breve distinção entre *vontade* e *intenção*. A vontade é o elemento subjetivo que impulsiona o indivíduo a realizar uma conduta enquanto a intenção, como elemento finalístico, direciona a vontade a um fim desejado.⁶⁸ A exegese do art. 186⁶⁹ do Código Civil, ainda que o texto confunda vontade com intenção, nos mostra a cogitação do dolo logo no início do dispositivo (“ação ou omissão voluntária”) referindo-se em seguida à culpa estrita (“negligência ou imprudência”).

Apesar do legislador brasileiro ter se omitido nas suas definições, podemos dizer, mais uma vez recorrendo às lições do professor PLÁCIDO E SILVA, que a culpa, agora em seu sentido estrito, é a violação de um dever, legal ou contratual, por imprudência, negligência ou imperícia, sem má-fé ou intenção de causar danos a terceiros, enquanto o dolo seria a violação de tais deveres intencionalmente, buscando o resultado que aquele ato irá causar ou, ainda, assumindo o risco de produzi-lo (dolo eventual).⁷⁰

Francisco AMARAL conceitua a culpa reportando-se aos ensinamentos de René SAVATIER, para quem ela configura “violação de um dever que o agente podia conhecer e observar”⁷¹ e, continuando na linha de raciocínio do jurista francês, traz como pressupostos da culpa: a) *um dever violado* (elemento objetivo) e b) *culpabilidade ou imputabilidade do agente* (elemento subjetivo). Acrescenta, ainda, que este último pressuposto se desdobra em dois elementos: a) *possibilidade, para o agente, de conhecer o dever* (discernimento) e b) *possibilidade de observá-lo* (previsibilidade e evitabilidade do ato ilícito).⁷²

Apesar das tendências de superação da culpa como fundamento de reparação civil, tanto no direito público quanto no privado, em face da sua incapacidade de explicar e processar determinadas situações fáticas, a responsabilidade subjetiva ainda mantém o seu brilho e continua sendo a principal

⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 29-31.

⁶⁹ CC/2002: Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁷⁰ PLÁCIDO E SILVA, O. J. de. *Vocabulário Jurídico*, v. Culpa, p. 401-402.

⁷¹ SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile em Droit Français*. Paris: LGDJ, 1951, n. 163, *apud* AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*, p. 551.

⁷² AMARAL, Francisco, *op. cit.*, p. 551.

teoria informadora no âmbito do direito civil, conclusão a que se chega facilmente por meio de uma breve análise dos dispositivos do nosso Código Civil.⁷³ Note-se, diante destas observações, que a realidade atual em nosso ordenamento é a convivência de ambas as modalidades de responsabilidade civil e, igualmente, de seus critérios de fundamentação.

2.3.1.1. Culpa presumida

A teoria subjetiva da responsabilidade civil produziu vários níveis de distinção sobre a natureza e extensão da culpa, os quais não nos cabe aqui enumerar por razões óbvias de espaço e de foco, já que configuram um verdadeiro universo à parte. Há, entretanto, uma espécie que dentre todas julgamos merecer menção: é a das *presunções de culpa*, situações geralmente estabelecidas em lei ou por elaboração jurisprudencial, onde a culpa do agente causador dos prejuízos é presumida *juris tantum*⁷⁴ com base em precedentes análogos largamente conhecidos. Foi o mecanismo encontrado para favorecer a vítima enquanto se buscava a aceitação da responsabilidade objetiva. Tecnicamente, trata-se de uma solução intermediária na escala evolutiva entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva⁷⁵, apresentando efeitos práticos próximos da segunda, mas que se posiciona no âmbito teórico da primeira,⁷⁶ já que o fundamento da responsabilização continuou o mesmo: a culpa. A diferença reside num aspecto processual que é a

⁷³ No CC/2002, a culpa vem estampada principalmente no art. 186 (quando cita “negligência ou imprudência”) e, implicitamente, no art. 927 (quando faz referência a ato ilícito – art. 186).

⁷⁴ *Juris tantum*: diz-se de presunção relativa, que admite prova em contrário no *iter* processual. Cumpre observar que se a presunção legal de culpa for absoluta, ou seja, *juris et de jure* (que não admite prova em contrário), teremos adentrado na responsabilidade objetiva.

⁷⁵ Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 263.

⁷⁶ Cf. CARVALHO, Acelino Rodrigues, *op. cit.*, p. 48-51.

distribuição do ônus da prova.⁷⁷ Na culpa presumida quebra-se a lógica do secular aforismo latino *actori incumbit probatio*⁷⁸ ao se presumir que a situação normal faz crer que houve culpa do réu. Promove-se, assim, a *inversão do ônus probatório*, que passa a recair sobre o lesante (demandado), a quem incumbirá fazer prova de que não se conduziu de forma culposa, liberando a vítima (demandante) do ônus de provar a culpa do agente naquele caso concreto, com vistas a ampliar suas possibilidades de obter ressarcimento, já que a prova da culpa do causador do dano pela vítima, da forma como era exigida na prática da processualística clássica, em grande parte dos casos inviabilizava totalmente a pretensão do lesado de ver o dano ressarcido o que, em última análise, importava em negação do direito.⁷⁹

Muitos juristas referem-se à presunção de culpa como se tratando de responsabilidade objetiva. Trata-se, no entanto, de um equívoco já que na teoria da culpa presumida não há um afastamento da responsabilidade subjetiva, ainda que haja similitude, como já frisado, entre os efeitos práticos para o lesado da aplicação da presunção de culpa e da responsabilidade objetiva. Disso decorre a ampla possibilidade de se discutir a culpa do causador do dano no processo, podendo ele, inclusive, elidir a presunção de culpa existente contra si para afastar sua responsabilidade, hipótese que sequer entra em discussão nos casos onde incide a responsabilidade objetivamente considerada.

Por oportuno, registre-se a crítica de Aguiar DIAS ao expediente da culpa presumida no sentido de que se trata de mero reconhecimento dos subjetivistas da necessidade de admitir o critério objetivo.⁸⁰

⁷⁷ Aguiar DIAS observa a este respeito que “... a variação dos sistemas de responsabilidade civil se prende precipuamente à questão da prova. Mais precisamente, ao problema da distribuição do ônus probatório [...] Nenhum autor, aliás, procura disfarçar a importância desse aspecto do problema da responsabilidade civil, visto como em todos os casos duvidosos, que são mais numerosos do que se pensa, sucumbe a parte a quem toca a obrigação de provar”. (*op. cit.*, v. 1, p. 85).

⁷⁸ Ao autor incumbem as provas (tradução nossa).

⁷⁹ Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 38-40; DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, v. 1, p. 85-86 e LIMA, Alvino, *op. cit.*, p. 72.

⁸⁰ DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, v. 1, p. 84.

2.3.2. Risco

Como expandido na síntese histórica, fenômenos experimentados intensamente nos séculos XIX e XX como o acelerado progresso tecnológico e a revolução industrial, amplificados pela enorme concentração populacional nos centros urbanos, trouxeram em seu bojo um vertiginoso crescimento das ocorrências de danos irressarcíveis pela via da teoria subjetiva clássica então aplicada. Neste contexto, foi inicialmente no campo dos acidentes de trabalho onde ficou evidenciado que a culpa tornara-se um critério técnico insuficiente para fundamentar a responsabilidade: era muitíssimo difícil (se não completamente impossível) o empregado acidentado nos novos maquinismos em uso nas indústrias provar a culpa do empregador pelo dano sofrido. Desta feita, restava o lesado irressarcido, muitas vezes mutilado, com seu único bem, a capacidade laborativa, permanentemente comprometida, incapaz de retornar ao mercado de trabalho e, portanto, de se sustentar, causando um enorme problema social. As pressões sociais daí decorrentes sensibilizaram doutrinadores e legisladores no sentido de buscar nova fundamentação teórica capaz de amparar a responsabilidade civil. A presunção de culpa serviu de início a este propósito mas apresentava problemas justamente por ainda abrir campo para a discussão do elemento subjetivo. Necessitava-se de um critério de fundamentação objetivo, capaz de afastar a discussão dos meandros da culpa. O risco surge para sê-lo. Prenunciado de forma esparsa já no início do século XVIII na doutrina alemã vinculada ao direito natural, foi somente no século XIX que sua principiologia passou a receber tratamento sistematizado, sendo desenvolvida e divulgada principalmente pelos juristas franceses, em especial Raymond SALEILLES e Louis JOSSERAND, cujos estudos deram grande impulso ao que se passou a denominar de “teoria do risco”.⁸¹

A teoria do risco, basicamente, prevê que a toda conduta humana corresponde um risco de invadir a esfera juridicamente protegida de outrem e lhe causar dano. Todo prejuízo, portanto, deve ser reparado por aquele que o causou, independentemente de ter agido ou não com culpa. Neste sentido Caio Mário da Silva PEREIRA traz à colação a proposição de Eugène GAUDEMET, no sentido de

⁸¹ Cf. DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, v. 1, p. 50-56.

substituir a antiga fórmula “cada um é responsável pelo dano causado por sua falta” por “cada um deve suportar o risco do dano causado por um fato seu”.⁸² O risco ultrapassa os elementos complexos que circundam a pessoa do agente, seus instintos, iniciativas, e reações para se prender aos elementos objetivos do fato danoso, que são a própria existência do dano, a atividade ou empresa desenvolvida da qual ele decorre e as coisas que os propiciam. Ganha relevo aqui o elemento causal pois, havendo nexos de causalidade entre a atividade ou a conduta do agente e o dano provocado, surge a responsabilidade de repará-lo. Em torno destas idéias centrais surgiram diferentes concepções que se identificam com aspectos particulares do risco, destacadas como verdadeiras modalidades especiais da teoria do risco. Assim, apenas indicamos as teorias do risco-proveito, do risco profissional, do risco excepcional, do risco criado e a do risco integral⁸³, já que não nos caberá aqui desenvolvê-las por razões de espaço e de foco.

No Brasil, com o reconhecimento normativo da *dignidade da pessoa humana*⁸⁴ como núcleo principiológico essencial do ordenamento jurídico e matriz da nossa organização social, operado pela Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III), a regra passa a ser a objetivação da responsabilidade civil, fruto da preocupação cada vez maior com a pessoa e a tutela de sua personalidade, o que importa também em não deixar lesões sem reparação. É por força deste princípio fundamental que deve se considerar, ainda que implicitamente, consubstanciado na Constituição o princípio da responsabilidade objetiva, ou seja, independente de culpa,⁸⁵ de molde a sempre permitir o restabelecimento do equilíbrio social através da tutela reparatória. Os

⁸² GAUDEMET, Eugène. *Théorie Générale des Obligations*. Paris: Recueil Sirey, 1937, p. 311, *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil...*, p. 267.

⁸³ Ver adiante, a este respeito, os itens 2.4.3 (Nexo de causalidade) e 3.3.3 (Fase publicista).

⁸⁴ Para Maria Celina BODIN DE MORAES, a posituação do princípio da dignidade nos fornece uma “cláusula geral de tutela da pessoa humana” e, “quando o objeto da tutela é a pessoa humana, a perspectiva deve necessariamente ser outra; torna-se imperativo lógico reconhecer, em razão da especial natureza do interesse protegido, que a pessoa constitui, ao mesmo tempo, o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação jurídica.” (*Danos à pessoa humana...*, p. 118 e 121). Carmen Lúcia Antunes ROCHA também adota posição de vanguarda em relação a este assunto ao associar a dignidade à noção geral de justiça quando afirma que “a justiça humana, aquela que se manifesta no sistema de Direito e por ele se dá à concretude, emana e se fundamenta na dignidade humana. Esta não se funda naquela, antes, é dela fundante. Dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento.” (*Vida digna: direito, ética e ciência*, p. 30).

⁸⁵ Cf. BITTAR, Carlos Alberto. *Direito Civil na Constituição de 1988*, p. 24 e 164 e CARVALHO, Acelino Rodrigues. *Pressupostos da responsabilidade civil à luz do novo código*, p. 55-58;

dispositivos constitucionais⁸⁶ que consignam expressamente normas que respaldam a responsabilidade objetiva agem como um reforço a este entendimento, fruto da vontade do legislador constituinte em tornar efetivos os valores consagrados por ele na Carta Magna.

Nesta mesma linha podemos citar o primeiro objetivo fundamental da República de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (CF, art. 3º, I), que condiz com o princípio da justiça distributiva, informador das teorias do risco e do dano objetivo, ambas fundamento de responsabilização objetiva. Assim, também o dispositivo contido no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002⁸⁷ ao inovar em matéria de responsabilidade civil prevendo a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, coaduna-se com o ordenamento constitucional para realizar os valores nele consagrados, o que já era há muitos anos reclamado pela doutrina especializada.

2.4. PRESSUPOSTOS

Além dos critérios de fundamentação citados anteriormente, que se configuram como verdadeiros elementos conformadores do núcleo teórico da responsabilidade civil em cada uma de suas duas vertentes teóricas (ou sistemas), teremos elementos específicos a cada enfoque e elementos que serão comuns a ambos. Estes elementos, ao lado da culpa e do risco, se constituirão em pressupostos para o surgimento da obrigação de reparar os danos provocados. Cabe-nos aqui, dado o escopo deste trabalho, abordar apenas os elementos comuns a ambas as teorias a fim de estabelecer uma análise geral. São eles: a *conduta*, o *dano*, e o *nexo de causalidade* entre eles.

⁸⁶ Constituição Federal de 1988, art. 5º, V, X e XXV; art. 21, XXIII, “d”; art. 37, § 6º e art. 225, § 3º.

⁸⁷ CC/2002: Art. 927. [omissis]
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Consoante o que já foi exposto, a regra jurídica inserida no instituto da responsabilidade civil consagra a regra universal de que *todo aquele que causa dano* a outrem tem a obrigação de repará-lo. Esta é a fórmula adotada em nosso Código Civil, pela combinação dos dispositivos do art. 186 e do art. 927, *caput*, vejamos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

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

A análise dos artigos citados, que caracterizam a regra matriz da responsabilidade no plano do ordenamento civil brasileiro, revela quatro elementos⁸⁸ para a sua configuração, segundo a teoria clássica: o *dano*, a *conduta lesiva do agente* (ação ou omissão), a *relação ou nexos de causalidade* entre a conduta realizada pelo agente e o dano impingido à vítima e, por último, a *culpa ou dolo* do agente (culpa em sentido amplo). Lembramos que este “quarto elemento” é o que cria as maiores polêmicas⁸⁹ entre os doutrinadores, uma vez que há uma forte tendência de não mais considerar a culpa como um pressuposto comum da responsabilidade civil, haja vista que, conforme citado na síntese histórica que abre este capítulo, com a objetivação da responsabilidade civil afasta-se o elemento moral da pesquisa psicológica quanto à intencionalidade do agente na produção do resultado danoso ou quanto à ausência de diligência. Há, portanto, uma mudança de perspectiva importante: deixa-se de focar a figura do agente causador do dano e sua

⁸⁸ A teoria clássica da responsabilidade civil funda-se na culpa, apresentando, pois, natureza subjetiva. Eis porque a apresentação inicial de 4 elementos. Cabe aqui a advertência de que a enumeração dos pressupostos e seu posicionamento no âmbito teórico não são ponto pacífico na doutrina civil nacional e estrangeira, admitindo posições bastante díspares, especialmente em face da identificação pessoal de cada autor com a corrente subjetiva ou objetiva, muitas vezes sem o devido alerta a este respeito.

⁸⁹ Pessoalmente filiamo-nos à corrente que advoga como pressupostos da reparação civil apenas os três primeiros elementos citados – dano, conduta lesiva e nexos causal (como v.g. Aguiar DIAS e Carlos Alberto BITTAR, dentre outros). À culpa, em nossa concepção, reserva-se papel mais importante na justificação teórica do instituto da reparação civil, motivo pelo qual a agrupamos dentre o que consideramos “critérios de fundamentação” (seção 2.3). No entanto, cita-se aqui a culpa em função da sua presença no texto do art. 186, que abriu nossa explanação e que foi claramente inspirado pela teoria clássica (subjetivista) da responsabilidade. Vide também a nota n. 61, na seção 2.3 – Critérios de fundamentação.

conduta para centrar o foco na vítima e na reparação do dano que lhe foi causado. Assim, ao retirar a culpa da relação de pressupostos comuns a serem analisados aqui⁹⁰ resta-nos abordar o dano, a conduta e o nexo de causalidade.

2.4.1. Dano

O dano representa a circunstância inicial e elementar da responsabilidade civil, sendo por isso considerado o seu pressuposto principal⁹¹ e, dentre eles o que menos suscita controvérsia.⁹² Desta forma, encontramos o dano presente em todas as formulações teóricas a seu respeito visto que, em última instância, a responsabilidade civil tem como fim a *reparação de um dano* objetivando restabelecer o *status quo ante*. Sem a ocorrência de um dano, portanto, não haveria que se falar em indenização ou reparação.

Duas teorias inicialmente buscaram conceituar o dano: a *teoria da diferença* e a *teoria do interesse*, ambas de origem alemã. Resumidamente, a primeira explica o dano como a diferença entre o patrimônio do prejudicado antes e depois da ocorrência do evento danoso, numa clara alusão ao dano apenas como fenômeno físico, e com isso, de aplicabilidade vinculada às questões eminentemente patrimoniais (ainda que com limitações).⁹³ O segundo enfoque, mais amplo, parte da noção de interesse, para explicar o dano como uma “lesão de interesses juridicamente protegidos”,⁹⁴ ou seja, os bens jurídicos, que em sentido amplo são os

⁹⁰ Por questão de ordem e importância optou-se em abordar a culpa na seção anterior (2.3 – Critérios de fundamentação e 2.3.1 – Culpa).

⁹¹ Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana...*, p. 144; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 70-71; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. 2, p. 713; SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 98; SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, p. XVII.

⁹² Cf. DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, v. 2, p. 713. O autor, no entanto, faz uma série de considerações nas páginas subseqüentes a respeito das controvérsias e diferentes posições assumidas na doutrina, sobretudo a estrangeira, no que diz respeito ao conceito de dano.

⁹³ Cf. SEVERO, Sérgio, *op. cit.*, p. 4-6.

⁹⁴ SEVERO, Sérgio, *op. cit.*, p. 6.

meios para satisfação de necessidades humanas, abrangendo desta forma tanto bens de natureza material como imaterial.

Assentes estas noções e partindo-se do enfoque da teoria do interesse, mais consentânea com a orientação deste trabalho, pode-se afirmar que, em sentido geral, o dano se configura quando há lesão injusta e perpetrada por fato de outrem, sofrida pelo ofendido em sua esfera juridicamente tutelável, na qual se inclui a sua própria pessoa – quando a lesão atinge seu corpo ou qualquer dos caracteres intrínsecos da sua própria personalidade, como a vida, a liberdade, a honra e a imagem, dentre outros (danos à personalidade)⁹⁵ – bem como seu patrimônio material e direitos. Em suma, quando há perda, deterioração ou subtração, total ou parcial, de qualquer elemento que integre o rol de bens físicos, psíquicos, morais ou materiais da pessoa vitimada.

A *priori* poderia parecer que todo dano é indenizável, porém isso não é verdadeiro. De início o dano precisa ser provocado por ato ou fato de outrem (via de regra não há dano indenizável decorrente da conduta ou de fato do próprio lesado) e este dano precisa ser injusto, ou seja, provocado *contra jus*, agredindo injustificadamente a esfera juridicamente protegida da vítima, o que afasta do conceito de dano indenizável as lesões provocadas por ações autorizadas pelo direito, como nas hipóteses de atos praticados em legítima defesa e no exercício regular de direito⁹⁶ reconhecido ou ainda nos casos específicos de deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente.⁹⁷

Além do exposto e de forma genérica, devem concorrer para a condição de reparabilidade do dano outros três requisitos: *atualidade*, *certeza* e *subsistência*, para os quais admitem-se certos temperamentos.⁹⁸ O *dano atual* ou *presente* é aquele que efetivamente já ocorreu, afetando interesses de que a vítima dispõe no presente, ou seja, aqueles que existem no momento em que se deduz a pretensão indenizatória, admitindo-se o dano futuro ou a perda de oportunidade, desde que

⁹⁵ Cf. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 70-86.

⁹⁶ CC/2002, art. 188, I.

⁹⁷ CC/2002, art. 188, II, com as condicionantes do seu parágrafo único.

⁹⁸ Cumpre observar que a doutrina civilística não é uniforme na enumeração destes pressupostos para a reparabilidade do dano e, tampouco, o é em relação aos temperamentos a eles aplicáveis. Por este motivo, enumeramos aqui apenas aqueles que se repisam com maior frequência.

como conseqüências certas e previsíveis da lesão e da conduta que a causou. O *dano certo* é aquele fundado em um fato certo, determinado ou ao menos determinável, não sendo calcado em meras hipóteses admitindo-se, contudo, o dano infecto (neste sentido, um dano *incerto* e *eventual* seria aquele resultante de um hipotético agravamento da lesão que pode não se concretizar e, portanto, não reparável). A *subsistência*, por sua vez, consiste em dizer que não será ressarcível o dano que já tenha sido anteriormente reparado.⁹⁹

Frise-se que no âmbito do direito público, dada a peculiaridade da atuação dos entes estatais diante de suas atribuições normais, a reparabilidade dos danos por eles causados enseja algumas diferenças em relação ao que já foi exposto e exige pressupostos adicionais àqueles já enumerados. Neste sentido a lição do mestre Romeu Felipe BACELLAR FILHO, para quem o dano ressarcível “é aquele que se afigura anormal, especial e ofensivo a um bem, interesse ou direito legitimamente protegido”,¹⁰⁰ agregando assim a *anormalidade* e a *especialidade* aos pressupostos que devem estar presentes no dano causado pelo Estado para que seja considerado indenizável, uma vez que a ofensividade a direito havia restado patente na caracterização geral já expendida no início desta seção.

A este respeito torna-se indispensável registrar o pensamento de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO. Primeiramente pontua ele no sentido de que a lesão de direito legitimamente protegido deve necessariamente corresponder à lesão a um direito da vítima, reconhecido pelo sistema normativo e não apenas à lesão patrimonial ou econômica puras e simples, ainda que lícitas, que geralmente se confundem com aquele direito da vítima e com ele se combinam,¹⁰¹ visão esta que, obviamente, restringe o horizonte dos danos indenizáveis. A seguir, pondera o referido autor acerca da indeclinável *cumulatividade* dos pressupostos da *especialidade* e da *anormalidade* do dano com a sua *certeza* e com a *lesão a direito*, apenas para a caracterização do dano reparável nas hipóteses de *comportamentos*

⁹⁹ Cf. BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil: teoria & prática*, p. 8-10; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: de acordo com o novo Código Civil*, p. 545-548.

¹⁰⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, p. 218.

¹⁰¹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 984-986.

estatais lícitos,¹⁰² conceituando na seqüência o dano especial e o dano anormal que, dada sua peculiar clareza, transcrevemos *in verbis*:

Dano especial é aquele que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico, disseminado pela Sociedade. Corresponde a um agravo patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos, e não sobre a coletividade ou genérica e abstrata categoria de pessoas.

[...]

Dano anormal é aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social. A vida em sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais. São pequenos ônus que não configuram dano anormal.¹⁰³

Saliente-se que a anormalidade e a especialidade constituem pressupostos *apenas da reparabilidade dos danos provocados pela ação lícita do Estado* que, dada sua posição na ordem jurídica, obriga-se muitas vezes a invadir a esfera jurídica dos cidadãos, incidindo sobre seus direitos com o fim precípua de levar a cabo sua missão na defesa e promoção do interesse público.

Em relação à classificação, tradicionalmente bastante variada na doutrina, o dano poderá ser patrimonial (dano material) ou extrapatrimonial (dano imaterial, físico ou moral). Patrimonial é aquele que afeta o patrimônio da vítima, avariando total ou parcialmente bens materiais, avaliáveis economicamente. Abrange os danos emergentes (o que a vítima efetivamente já perdeu) e os lucros cessantes (o que a vítima razoavelmente deixou de ganhar), conforme o art. 402 do Código Civil.¹⁰⁴ Já o dano moral corresponde à lesão de bens imateriais, também denominados bens da personalidade (v. g. a vida, honra, imagem etc.). Há ainda o dano direto e o dano reflexo (indireto). O primeiro é o dano sofrido diretamente pela vítima da conduta do agente, enquanto o segundo corresponde ao fato de uma pessoa sofrer, por reflexo

¹⁰² Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 986-987.

¹⁰³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 987.

¹⁰⁴ CC/2002: Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

(ou ricochete, como se referem alguns autores), um dano, que primariamente foi causado a outrem mas que repercute em sua esfera jurídica.

Cumpre-nos ressaltar ainda, segundo os ensinamentos de Carlos Roberto GONÇALVES,¹⁰⁵ a existência de distinções semânticas entre as expressões “ressarcimento”, “reparação” e “indenização”.¹⁰⁶ Segundo o ilustre professor, *ressarcimento* seria o pagamento integral do prejuízo material sofrido pela vítima, abrangendo o dano emergente, os lucros cessantes, o principal e os acréscimos advindos com tempo e com o uso da coisa. *Reparação* seria a compensação pelo dano moral, destinada a minorar a dor e o sofrimento psíquico experimentado pela vítima. Já a *indenização* seria reservada à compensação dos danos decorrentes de atos lícitos (permitidos pelo ordenamento). Contudo, o ordenamento jurídico pátrio e também a doutrina não guardam o rigor e a uniformidade quanto ao emprego destas expressões, gerando perplexidades se não as tomarmos por sinônimas, motivo pelo qual também aqui se deixará de fazer qualquer distinção de ordem semântica a este respeito.

2.4.2. Conduta

A responsabilidade civil, tanto objetiva como subjetiva, sempre deverá conter como elemento essencial uma *conduta humana*, que poderá ser comissiva ou omissiva. A professora Maria Helena DINIZ assim a conceitua: "Ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado."¹⁰⁷

Esta mesma visão é compartilhada pelo professor Silvio de Salvo VENOSA, que aduz: “o ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-

¹⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*, v. 11, p. 279.

¹⁰⁶ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO se manifesta contrariamente às distinções terminológicas neste sentido no âmbito do Direito Público. (*Curso de Direito Administrativo*, p. 958-959).

¹⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*, v. 7, p. 38-39.

se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgride um dever”. E a seguir acrescenta: “na responsabilidade objetiva, o ato ilícito mostra-se incompleto, pois é suprimido o substrato da culpa. No sistema de responsabilidade subjetiva, o elemento subjetivo do ato ilícito, que gera o dever de indenizar, está na imputabilidade da conduta do agente”.¹⁰⁸

Também Sérgio CAVALIERI FILHO manifesta-se acerca do ato ilícito e da conduta no sentido de que o ato ilícito tem por elemento central uma conduta humana voluntária e contrária ao direito.¹⁰⁹ Pontua ainda que a acepção *conduta* “abrange as duas formas de exteriorização da atividade humana. Conduta é gênero de que são espécies a ação e a omissão”.¹¹⁰

Sílvio RODRIGUES acrescenta a estes entendimentos o de que a conduta do agente causador do dano impõe-lhe o dever de reparação mesmo que praticada sem infringir dever legal, bastando que se desvie da finalidade social à qual a lei se destina,¹¹¹ no que é acompanhado pela doutrina,¹¹² em clara alusão aos atos praticados com abuso de direito. Nota-se, portanto, que a conduta comissiva consiste em geral no ato doloso ou imprudente, enquanto a omissiva, via de regra, se manifesta através da negligência. A omissão só fica configurada quando o agente, tendo o dever de agir de determinada maneira, deixa de fazê-lo.¹¹³

Portanto, podemos afirmar genericamente que *a conduta é um comportamento humano, comissivo ou omissivo, próprio ou de terceiro, voluntário, imputável e relacionado ou não com o lesado*. Por ser uma atitude humana exclui os

¹⁰⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*, p. 32.

¹⁰⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 23.

¹¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 23-24.

¹¹¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*, p. 15 e 20.

¹¹² Cf. DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 37; CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 144; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, p. 61; MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Responsabilidade civil*, p. 133-134 e SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro, *op. cit.*, p. 42.

¹¹³ Esta condicionante definidora da conduta omissiva fica bem clara no texto do art. 486 do atual Código Civil português, reproduzido por Sílvio RODRIGUES: “As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente de outros requisitos legais, havia, por força de lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o ato omitido”. (*op. cit.*, p. 19, nota 15). No mesmo sentido aponta Sérgio CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 24.

eventos da natureza; é próprio se a conduta da qual resulta o dano é realizada pelo próprio indivíduo e de terceiro se realizada por inimputável ou pessoa sob o dever de guarda, garantia ou de fiscalização que efetivamente não se realiza, ensejando a responsabilização àquele que possui o respectivo dever e não o cumpre; é voluntário no sentido de ser controlável pela vontade da pessoa, quando de sua conduta própria, excluindo-se, aí, os atos inconscientes ou sob coação absoluta; imputável em função de a conduta poder lhe ser atribuída, possuindo o indivíduo discernimento e vontade e ser ele livre para determinar-se segundo estes fatores.

Cumprido advertir que a doutrina nem sempre distingue a conduta da culpa (esta um elemento que particulariza e qualifica a conduta), ora se referindo a caracteres de uma, ora de outra, gerando perplexidades.

As maiores dificuldades em relação à conduta são identificadas nos casos de responsabilidade indireta (ou complexa), em que se pressupõe ato ou fato de terceiros ou ainda naqueles que envolvem fatos de animais e coisas inanimadas.

Na responsabilidade por ato ou fato de terceiros temos basicamente a dos pais pelos atos dos filhos menores de idade ou incapazes e a responsabilidade das pessoas jurídicas, por danos derivados da conduta de seus agentes ou prepostos. Aqui temos dois âmbitos de responsabilidade bem distintos, conforme a pessoa jurídica seja de direito privado ou de direito público, sendo esta última a que mais nos interessa neste estudo, admitindo variadas facetas que serão objeto de abordagem específica no capítulo que trata do Estado e da responsabilidade estatal.

Nos eventos danosos causados por animais e coisas, em regra, não se cogita diretamente a culpa, recaindo esta sobre o proprietário ou sobre aquele que deveria exercer o dever de guarda e de cautela, que em sua defesa poderá levantar determinadas considerações sobre a culpa da vítima visando elidir sua responsabilidade. Trata-se de uma das situações onde temos a *culpa presumida*¹¹⁴, conforme previsto no art. 936 de nosso Código Civil.¹¹⁵

¹¹⁴ Sobre a culpa presumida ver o tópico 2.3.1.1 (Culpa presumida), retro.

¹¹⁵ CC/2002: Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Na seara das atividades perigosas, não se questiona diretamente a ilicitude da conduta mas o *potencial de risco* que a atividade representa em função de sua natureza (teoria do risco). A conduta nestes casos é sempre lícita enquanto a atividade não deixar de ser desenvolvida dentro de seus parâmetros de normalidade e não ocasionar danos a terceiros. Entretanto, ocorre que mesmo assim, em função do seu potencial danoso, fica subsumido o dever do responsável pela atividade em indenizar os prejuízos de qualquer natureza causados a terceiros em caso de ocorrência de sinistro, independentemente da existência de culpa ou dolo do agente, desde que *não haja dolo exclusivo da vítima*, hipótese que age como excludente (quase absoluto) da obrigação de indenizar. Se para o sinistro houver concorrido uma conduta ilícita (pela falta de providência necessária, fiscalização ou observação de normas de segurança – exemplos típicos de conduta omissiva), esta será absorvida pelo risco, não se constituindo em elemento a ser discutido na lide indenizatória.

2.4.3. *Nexo de causalidade*

Como terceiro pressuposto da responsabilidade civil, comum às vertentes subjetiva e objetiva, torna-se necessária a existência de uma relação de causa e efeito entre a conduta danosa praticada pelo agente e o dano suportado pela vítima. Eis aí o nexo de causalidade. Vale aqui, como princípio, a assertiva de que ninguém pode ser responsabilizado por dano a que não tenha dado causa, decorrente da disposição legal contida no art. 186 do nosso Código Civil. Desta forma, de acordo com o que já foi anteriormente estudado, só haverá obrigação de indenizar se ficar demonstrado que o dano experimentado pela vítima adveio de conduta imputável ao agente ou, como no caso do art. 932 do Código Civil,¹¹⁶ às pessoas sob sua guarda

¹¹⁶ CC/2002: Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

ou proteção e ainda aos casos de responsabilidade pela guarda de coisa, nos moldes dos arts. 936 a 938 do mesmo *codex*.¹¹⁷ Tal obrigação somente poderá ser elidida com a ocorrência de uma excludente de responsabilidade capaz de atacar o nexo causal, conforme se verá adiante em tópico próprio.

Embora pareça à primeira vista uma questão simples, na prática nem sempre é tarefa fácil identificar a origem precisa do dano, especialmente diante da presença de várias condutas que, de alguma forma contribuíram para o resultado danoso. São as denominadas *concausas*, que podem ser concomitantes ou sucessivas. Quando as *concausas* são simultâneas ou concomitantes a questão resolve-se com a aplicação da regra do art. 942 do Código Civil,¹¹⁸ que determina a responsabilidade solidária de todos aqueles que concorreram para o resultado danoso.

Porém, em face das *concausas* sucessivas a solução mostra-se muito mais difícil. Neste caso, conforme preleção de Rogério Marrone de Castro SAMPAIO, “estabelece-se, no decorrer do tempo, uma cadeia de comportamentos e condições, e é imperioso destacar aquela que, efetivamente, pode ser erigida como causa dos danos suportados, permitindo, assim, imputar a seu autor a obrigação de indenizá-los”.¹¹⁹ Diante desta problemática surgiram três teorias a respeito:

- a) teoria da equivalência das condições ou dos antecedentes ou *conditio sine qua non*: estipula que existindo várias circunstâncias que poderiam ter causado o prejuízo, qualquer delas poderá ser considerada a causa

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

¹¹⁷ CC/2002: Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

CC/2002: Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

¹¹⁸ CC/2002: Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

¹¹⁹ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *op. cit.*, p. 87-88.

eficiente, ou seja, se suprimida alguma delas, o resultado danoso não teria ocorrido. Exemplo: se uma pessoa é atropelada, a causa pode ser a imperícia do condutor, mas também a constituição débil da vítima, a natureza do pavimento sobre o qual esta foi projetada, a demora de seu transporte para o hospital, a falta de meios adequados para o seu tratamento etc. Essa teoria, se aplicada de forma isolada, levaria a resultados absurdos, provocando responsabilidades infinitamente;

- b) teoria da causalidade adequada: aqui, de modo diverso da anterior, a causa deve ser apta a produzir o resultado danoso por si só, excluindo-se, portanto, os danos decorrentes de circunstâncias extraordinárias ou fatos sucessivos e concorrentes, ou seja, o efeito deve se adequar a uma única causa. Esta teoria, se aplicada à risca na presença de vários fatos idôneos a provocar o resultado danoso, poderia levar a vítima a uma situação de irressarcibilidade por não ser possível em seu âmbito, com freqüência, individualizar aquele fato que sozinho pudesse gerar o dano. Ao contrário da responsabilidade ilimitada da construção teórica anterior, teríamos a propagação da irresponsabilidade.
- c) teoria da causalidade imediata ou da relação causal imediata: para esta é preciso que exista entre o fato e o dano uma relação de causa e efeito direta e imediata. Trata-se de um meio-termo entre o radicalismo das duas antecedentes. Esta é a solução adotada pelo nosso ordenamento jurídico, prevista no art. 403 do Código Civil.¹²⁰ Portanto, será causa do dano o fato que, necessariamente, proporcionou o resultado danoso e está mais próximo deste, de forma imediata (sem intervalo) e direta (sem intermediário).¹²¹

Saliente-se que a coincidência não implica em causalidade. Elementos como a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou a força maior, a cláusula de não indenizar, as excludentes de ilicitude, o estado de necessidade, a

¹²⁰ CC/2002: Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela **direto e imediato**, sem prejuízo do disposto na lei processual. (Grifo nosso)

¹²¹ Cf. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, p. 555; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil...*, p. 75 e ss. e SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro, *op. cit.*, p. 88.

legítima defesa e a prescrição têm a capacidade de enfraquecer ou eliminar o nexo causal de forma a interferir na obrigatoriedade de indenizar um dano sofrido por alguém, por isso serão estudados de forma mais detalhada adiante.¹²²

Deve-se salientar ainda que existem casos que prescindem da comprovação do nexo causal adequado. São situações excepcionais em que se cogita da obrigação de garantia, conhecida como teoria do risco integral ou responsabilidade objetiva agravada.¹²³ É dita “agravada” porque, além de se fundar tão somente no dano ocorrido e em sua correlação com a atividade exercida pelo responsável, desconsidera justamente um dos elementos essenciais para a configuração da responsabilidade civil que é o nexo causal, tornando sem efeitos os elementos capazes de enfraquecê-lo ou eliminá-lo, citados no parágrafo anterior, o que implica, em última análise, na anulação dos meios de defesa do acusado.

2.5. CAUSAS EXONERATIVAS E ATENUANTES DE RESPONSABILIDADE

Todos os casos de responsabilidade civil pressupõem que a vítima tenha sofrido dano resultante de fato imputável ao responsável por uma relação de causa e efeito. Na prática forense, da mesma forma que a vítima (demandante) deve provar a existência do dano e da relação de causalidade, cabe ao demandado (suposto causador do dano) estabelecer ou provar que existe eventual causa de exoneração que o libere da obrigação de ressarcir o demandante. As causas de exoneração ou excludentes de responsabilidade são situações que acabam por descaracterizar o nexo causal, interferindo na obrigação de indenizar um dano suportado por alguém.¹²⁴ Desta forma, as excludentes acabam funcionando como

¹²² Ver tópico 2.5 a respeito dos atenuantes e excludentes da responsabilidade civil.

¹²³ Esta teoria controverte-se na doutrina e, da forma como é enunciada não é admitida pela jurisprudência, que continua a afirmar o dever de indenizar somente quando configurado o nexo causal entre o fato ensejador e o dano.

¹²⁴ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, p. 542; MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C., *op. cit.*, p. 309; SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro, *op. cit.*, p. 89 e VENOSA, Sílvio de Salvo, *op. cit.*, p. 55.

meio de defesa do demandado em uma ação de reparação de danos. Entre os autores clássicos não há uma uniformidade na enumeração de todas as causas de exoneração. Como não é um tema de nosso interesse principal e por isso ainda não se mostra oportuno polemizar qualquer assunto neste trabalho, iremos nos basear na enumeração proposta pelo Professor Carlos Roberto GONÇALVES¹²⁵ e seguida de modo geral, com pequenas variações, por outros ilustres juristas nacionais como Rogério Marrone de Castro SAMPAIO e Silvio de Salvo VENOSA, que é aquela que nos parece mais adequada. Desta feita teremos como excludentes da responsabilidade o estado de necessidade, as excludentes de ilicitude, a culpa da vítima, o ato ou fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior, a cláusula de não indenizar ou limitativa de responsabilidade, e a prescrição, merecedoras de tratamento detalhado a seguir.

2.5.1. *Estado de Necessidade*

Incluem-se aqui a deterioração ou destruição de coisa alheia ou lesão a pessoa com o fim de afastar perigo iminente. Embora, a rigor, faça parte das excludentes de ilicitude, o estado de necessidade destaca-se pois se reveste de uma característica marcante na esfera da responsabilidade civil, qual seja, a de afastar o nexos causal mas não surgir, no geral, como causa de exoneração da responsabilidade, pois a orientação contida nos precitados arts. 929 e 930 do Código Civil¹²⁶ garante a indenização da vítima pelo agente, desde que ela não tenha sido a causadora da situação de perigo. O que ocorre é a garantia ao indenizante, cujo nexos causal foi afastado pela excludente, de exercer o direito de regresso contra o efetivo causador da situação. Em virtude desta posição paradoxal adotada pelo legislador do Código Civil de 2002, que manteve a orientação da codificação anterior, impondo ao autor do dano, que a esta condição chegou por

¹²⁵ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto em suas obras: *Comentários ao Código Civil*, v. 11, p.398-420 e *Responsabilidade Civil*, p. 731-781.

¹²⁶ Vide página 25, retro.

contingência e não por vontade própria, arcar com a totalidade dos prejuízos, muitos são os ataques desencadeados pela doutrina.¹²⁷ Um dos maiores problemas encontrados em relação ao estado de necessidade é o princípio estabelecido na doutrina criminal de que não é criminoso quem pratica o ato em estado de necessidade em relação aos seus efeitos no reconhecimento do estado de necessidade no juízo da reparação do dano, pois o art. 65 do Código de Processo Penal estabelece que: “faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade...” cuja interpretação, pela sua lógica, é de que se a sentença criminal absolutória for fundada no reconhecimento do estado de necessidade, o juiz no cível é obrigado a isentar o réu da obrigação de reparar, numa clara aberração ao critério moderno de reparação do dano.¹²⁸

2.5.2. *Excludentes de Ilícitude*

São as figuras que eliminam o caráter ilícito do comportamento humano voluntário, e que via de regra excluem a obrigação de indenizar o dano por ele provocado. Estamos diante das chamadas excludentes de antijuridicidade ou discriminantes, segundo a doutrina criminal. São excludentes de ilicitude: a legítima defesa real, o exercício regular de direito reconhecido e o estrito cumprimento do dever legal. Trata-se de exceções à regra geral de que os atos lesivos devem ensejar ressarcimento à vítima pois são atos lesivos que não são ilícitos, antes reconhecidos pelo direito como motivos legítimos para autorizar o dano causado a outrem. Exige-se, para que as excludentes de ilicitude autorizem o dano, que sejam utilizados moderadamente os meios necessários, não haja abuso ou exercício irregular de direito e ausência de dolo ou culpa, respectivamente nos casos de legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal,

¹²⁷ A este respeito: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*, v. 11, p. 400-401 e SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro, *op. cit.*, p. 95-96. Há, no entanto, forte corrente que se contrapõe a esse posicionamento pois funda a reparação na equidade, na solidariedade ou na assistência social. Exemplo dessa posição pode ser visto em: DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. 2, p. 676-677.

¹²⁸ Cf. DIAS, José de Aguiar, *op. cit.*, v. 2, p. 674-675.

caso contrário, não excluem seu autor do dever de indenizar a vítima. É o que no direito penal (CP, art. 23, parágrafo único) se conhece por excesso punível.¹²⁹

2.5.3. Culpa da Vítima

No tocante a essa excludente temos duas situações possíveis. Na primeira, embora se faça presente a ação ou omissão do agente, esta é meramente um instrumento para a causação do dano, uma vez que é a conduta culposa da própria vítima que desencadeia o dano. Deve-se salientar que a ação ou omissão do agente não configura qualquer violação do dever de cuidado, embora tenha servido de forma objetiva para o evento danoso. É a *culpa exclusiva da vítima*. Há pois um rompimento total do nexo de causalidade, de forma que o agente fica isento do dever de indenizar o prejudicado. Na segunda situação, a culpa da vítima concorre com a culpa do agente de forma que ambas, somadas, determinam o resultado danoso (culpas comuns ou concorrentes). Em casos como esse não há a efetiva quebra do nexo causal, mas apenas seu enfraquecimento, não elidindo, portanto, o dever do agente indenizar a vítima, ficando este apenas atenuado. O entendimento jurisprudencial e doutrinário advoga que a indenização, nestes casos, deve se fazer proporcionalmente ao grau de culpabilidade de cada uma das partes.¹³⁰

¹²⁹ CP: Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

¹³⁰ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, p. 741-743; MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C., *op. cit.*, p. 326.

2.5.4. Ato ou Fato de Terceiro

Também conhecido como *causa estranha*. Trata-se de uma causa que pode configurar-se como exonerativa ou apenas atenuante, dependendo da situação concreta. A primeira hipótese ocorre quando o ato ou fato de terceiro surge como *causa exclusiva* do dano impingido à vítima, de forma que o agente cuja conduta materialmente tenha proporcionado o resultado figure apenas como mero instrumento. Nestes casos, na esfera extracontratual, o ato de terceiro fica equiparado ao caso de força maior e rompe o nexo causal,¹³¹ raciocinando-se no sentido de que, se é a conduta do terceiro que se constitui em causa exclusiva do dano, a ele deve ser imputada a obrigação de indenizar a vítima. Há, contudo, situações freqüentes em que o comportamento de terceira pessoa apenas concorre para o resultado danoso, ainda que necessariamente, não exonerando o causador direto do dever de indenizar a vítima, garantindo-lhe, entretanto, o direito regressivo contra o terceiro,¹³² no que age desta forma apenas como causa atenuante.

Há, contudo, a necessidade de se fazer um enfoque completamente diferente na esfera da responsabilidade contratual, pois aqui o problema se acentua especialmente nos casos de responsabilidade do transportador, em virtude da responsabilidade ser objetiva, não cabendo investigação inerente à culpabilidade do agente ou de terceiro, a não ser para o caso do direito de regresso do agente contra o terceiro que efetivamente causou o dano.

2.5.5. Caso Fortuito e Força Maior

Têm-se aqui as mais importantes causas exonerativas de responsabilidade civil, tanto contratual quanto aquiliana, em virtude de sua grande incidência

¹³¹ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, p. 745-746.

¹³² Cf. SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro, *op. cit.*, p. 91.

prática.¹³³ Também em relação a elas temos grande confusão instalada na doutrina, não raro sendo estas situações caracterizadas como sinônimas ou, quando tratadas de forma individualizada, o são de forma totalmente díspar. Estas excludentes já eram previstas no art. 1.058 do Código Civil de 1916 e, atualmente, vêm impressas no art. 393, parágrafo único, do Código Civil,¹³⁴ que indevidamente as confunde. Controverte-se também na doutrina, em função da amplitude do conceito dado pelo legislador, a conveniência ou não de ampliar ou restringir sua incidência. Por outro lado, mostra-se indiscutível que ambas estão fora dos limites da culpa.¹³⁵

Em relação às duas situações, genericamente consideradas, pode-se dizer que consistem em acontecimentos alheios à vontade do agente e que escapam ao seu poder, inclusive de diligência, de forma a, por si só, proporcionarem o resultado danoso, sem a participação ou concorrência de qualquer conduta do agente. De forma geral ensejam a quebra do nexo de causalidade pois não se pode imputar ao agente o resultado danoso verificado.

É importante frisar que existe um requisito objetivo à caracterização de ambas as situações. Assim, na *força maior* o requisito é a *irresistibilidade* que se traduz na impossibilidade do indivíduo evitar o evento, ainda que o possa prever, por se tratar de força irresistível, muito superior à sua própria. Configura-se o caso *fortuito* na *imprevisibilidade* do acontecimento tornando-o, por isso, inevitável. Com base nisso a mais abalizada doutrina tem vinculado a força maior a acontecimentos externos, absolutamente estranhos ao comportamento humano, como convém aos fenômenos naturais (raios, terremotos ou tempestades, por exemplo) enquanto o fortuito, por sua vez, resta atrelado à pessoa e à sua atividade.¹³⁶ Dadas estas distinções ficam evidentes as diferenças entre ambas as formulações. Nota-se, ademais, que numa sociedade tendente a assimilar cada vez mais a responsabilidade objetiva, fundada no risco, das duas elidentes aqui enfocadas,

¹³³ Cf. SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro, *op. cit.*, p. 92.

¹³⁴ CC/2002: Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

¹³⁵ Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio, *op. cit.*, p. 65.

¹³⁶ Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio, *ibidem*.

somente a força maior constituirá sempre uma causa exonerativa de responsabilidade, já que a teoria do risco, por abarcar o *risco da imprevisão*, tende a não reconhecer a imprevisibilidade como elidente de responsabilidade.¹³⁷

2.5.6. *Cláusula de Não Indenizar ou de Irresponsabilidade e a Cláusula Limitativa da Responsabilidade*

Evidentemente, essa excludente encontra-se adstrita ao campo da responsabilidade civil contratual, consistindo na estipulação de cláusula, inserida no contrato, portanto previamente à ocorrência de dano, por meio da qual as partes contratantes concordam em isentar ou atenuar os efeitos da responsabilidade civil, geralmente desincumbindo o causador do dano da obrigação pela sua reparação, transferindo-se, por dispositivo contratual, os riscos para a vítima. A natureza dessa cláusula gerou grande polêmica quanto à sua validade, despertando acalorados debates na doutrina. Há quem sustente ser nula, porque contrária ao interesse social e iníqua. Outros defendem sua validade em nome do princípio da autonomia da vontade. Nossos legisladores, entretanto, em diversas oportunidades se manifestaram alheios a estas discussões, optando por trilhar o caminho seguro da sua invalidade, como o demonstram o nosso Código de Defesa do Consumidor em seu art. 51, I,¹³⁸ e o nosso Código Civil em seus arts. 424 e 734.¹³⁹

Ressalva deve ser feita no sentido de, para ser válida, a cláusula de não indenizar não pode ocultar a intenção de eximir o dolo ou a culpa grave do

¹³⁷ Cf. SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro, *op. cit.*, p. 93.

¹³⁸ CDC: Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

¹³⁹ CC/2002: Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

estipulante ou ainda a intenção de afastar obrigação inerente à sua função. Também no tocante à vida, à integridade física e à saúde torna-se nula qualquer cláusula que estipule a irresponsabilidade.¹⁴⁰

2.5.7. Prescrição

A prescrição à reparação de danos também atua como excludente da obrigação ressarcitória do agente pois que a extingue. A obrigação de reparar o dano causado é de natureza pessoal, porém deve-se dar atenção ao fato de que houve no novo Código Civil uma substancial redução no prazo prescricional, que de 20 anos no Código Civil de 1916 (art. 177) passou para 3 anos na atual codificação (art. 206, § 3º, V). Temos casos na legislação extravagante em que o prazo prescricional é diferenciado, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 27 estabelece prazo prescricional único de 5 anos para pretensões de reparação em acidentes de consumo. Há que se cuidar ainda da regra de transição estabelecida pelo legislador do novo Código Civil (art. 2.028), que dispõe: “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

Deve-se, por fim, notar que o alcance prático das excludentes da responsabilidade civil varia em consonância com o sistema de responsabilidade em que se insere. De modo geral, estas causas de exclusão encontram no sistema subjetivo um campo de aplicação mais amplo do que no objetivo, precisamente porque no primeiro sistema citado se *intenta perfazer uma análise da consciência do agente na determinação de sua culpa*. Também na responsabilidade contratual se mostra mais extenso o âmbito de aplicação das causas de exclusão do que na responsabilidade extracontratual.

¹⁴⁰ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, p. 771.

3. O ESTADO E SUAS GENERALIDADES QUANTO À RESPONSABILIDADE

A expansão dos serviços públicos e os avanços tecnológicos do último século geraram grande crescimento na área de atuação estatal, dada a maior interferência do Estado na vida dos cidadãos em busca da realização de sua missão na promoção do bem comum. Neste contexto, a simples atuação dos entes estatais no exercício de suas funções jurídicas, econômicas e sociais, *como a de qualquer pessoa ou empresa*, poderá lesionar direitos e interesses alheios juridicamente protegidos, ensejando como conseqüência, no contexto atual de submissão do Estado à ordem jurídica, a obrigação de reparar os prejudicados. Apesar da clareza destas noções, solidamente arrimadas em tudo que foi trazido à colação até aqui, a irresponsabilidade ainda é argüida pelo judiciário quando do processamento de demandas indenizatórias intentadas contra o Estado, especialmente quando versam sobre seus próprios atos na distribuição da justiça.

Nas sábias palavras de Amaro CAVALCANTI, “o Estado é, e tem por objeto dar garantia, a *maior*, e *nunca denegada*, da condição primordial da própria vida e ação humana coletiva: o direito. [...] O que, por si só, basta para se não poder jamais apresentar, como argumento, que, em virtude da sua soberania, lhe seja lícito considerar-se, sujeito ou não, às relações do direito”.¹⁴¹ A responsabilidade estatal sinaliza, portanto, a exteriorização jurídica do respeito aos direitos individuais do cidadão e a segurança de seus interesses coletivos, buscando manter o equilíbrio das relações jurídicas entre cidadãos e Estado enquanto este persegue os fins sociais aos quais se liga precipuamente.

A responsabilidade estatal recebe na doutrina variadas denominações, que não raro descaram de sua essência para concentrar-se em aspectos terminológicos. Como este assunto será tratado logo adiante, não merecerá, aqui, maiores considerações.

Como enunciado do tema adotaremos a definição de responsabilidade do Estado apresentada por Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO: “... obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente

¹⁴¹ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*, p. XIII. (Grifos no original).

garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos¹⁴². De modo geral, esta é a definição compartilhada pela quase totalidade dos eminentes publicistas brasileiros, como Romeu Felipe BACELLAR FILHO¹⁴³, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO¹⁴⁴, Diógenes GASPARINI¹⁴⁵, Marçal JUSTEN FILHO¹⁴⁶, Odete MEDAUAR¹⁴⁷ e Hely Lopes MEIRELLES¹⁴⁸, com poucas variações.

É pacífico o entendimento de que o ordenamento jurídico brasileiro admite o Estado como possível causador de prejuízos aos seus administrados tanto por meio de comportamentos lícitos quanto ilícitos, comissivos ou omissivos, resultando-lhe a obrigação de recompor tais danos em decorrência dos princípios da legalidade e da responsabilidade a que se submete em razão da vigência do Estado de Direito. Nesse sentido valemo-nos mais uma vez da lição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “um dos pilares do moderno Direito Constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-lo.”¹⁴⁹ Acima de tudo isso, a responsabilidade estatal consiste na concretização, no âmbito do sistema jurídico de direito público, do princípio moral de não prejudicar o próximo, o ancestral e paradoxalmente novel *neminem laedere*, do Direito Romano.

Apesar de existirem situações diversas que ainda apelam para a culpa, a responsabilidade do Estado está fundamentada num critério objetivo, o risco, obedecendo a um regime próprio, o do *risco administrativo*, compatível com sua peculiar situação jurídica pois, potencialmente, tem o condão de causar prejuízos de grandes proporções, em especial por ter à sua disposição o monopólio do uso da

¹⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 957.

¹⁴³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, p. 211; *Direito Administrativo e o novo Código Civil*, p. 194.

¹⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 595-596.

¹⁴⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, p. 837-838.

¹⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 806.

¹⁴⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 365.

¹⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*, p. 649.

¹⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *op. cit.*, p. 960.

força. Ademais, os administrados não têm poderes para evitar ou diminuir a atuação do Estado no âmbito de seus direitos individuais, pois é o ente estatal quem dita o teor e a intensidade de seu relacionamento com a coletividade.¹⁵⁰

A maioria dos doutrinadores reconhece que a responsabilidade do Estado está implícita na noção de Estado de Direito,¹⁵¹ não havendo necessidade de regra expressa no ordenamento para firmar-se isto, posto que nesta ordem de coisas todas as pessoas, sejam de direito público ou privado, encontram-se sujeitas à mesma situação de obediência e sujeição às regras de seu ordenamento jurídico. Desta forma, presente também está o dever de responderem pelos comportamentos que eventualmente violarem o direito alheio. No direito brasileiro a responsabilidade estatal tornou-se princípio constitucional ao ser insculpida no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988.¹⁵²

Destas noções iniciais pode-se inferir, portanto, que a origem da responsabilidade estatal se concentra: 1) no risco potencial que a atividade estatal representa à sociedade; 2) nos princípios da legalidade, da igualdade, da moralidade pública e da responsabilidade, todos inerentes ao Estado de Direito; 3) no dever genérico de não causar dano; 4) na inevitabilidade e irredutibilidade da conduta do agente estatal por parte do cidadão.

¹⁵⁰ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 961.

¹⁵¹ Cf. principalmente: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*, p. 197; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 963; CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 16; FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado: reparação por dano moral e patrimonial*, p. 275-277 e MEDAUAR, Odete, *op. cit.*, p. 365.

¹⁵² CF: 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:

[...]

§ 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.

3.1. O ESTADO, O GOVERNO E AS FUNÇÕES ESTATAIS

A perfeita compreensão de muitos fenômenos que ocorrem no âmbito da responsabilidade estatal exige de antemão a análise, ainda que perfunctória, do Estado. Interessa-nos de forma precípua o enfoque jurídico, com vistas à obtenção de seu conceito funcional, hábil ao equacionamento dos problemas que serão apresentados adiante. Neste sentido, o enfoque vai além da ampliação quantitativa das atribuições estatais, há e deve haver uma variação qualitativa, traduzida numa nova dimensão ética, onde meios e fins devem ser moralmente lícitos.

Sob o aspecto jurídico enfatiza-se a grande dificuldade de conceituar o Estado em face da “multiplicidade cambiante de tipos” que esta entidade tem assumido ao longo da história.¹⁵³ Conforme definição de Juary SILVA, “designa-se por Estado a comunidade nacional estabelecida num território e organizada politicamente, isto é, tendo um Governo [...] apto a manter a ordem interna, e o qual, na ordem externa, não reconhece poder acima do seu, atribuindo por isso o caráter soberano ao Estado”.¹⁵⁴ Integram, por conseguinte, o conceito de Estado o povo, ou comunidade nacional, o território e o Governo mas não representam elementos num sentido naturalístico, pois, conforme observação deste mesmo autor, não existe Estado *in natura*, concretamente. Não vemos o Estado. O visível são seus elementos materiais (território e povo), as exteriorizações do poder estatal (sedes governamentais, prédios públicos, instrumental bélico, fronteiras artificiais etc.) ou determinados símbolos de sua existência (bandeiras, brasões, cores, hinos). Destas constatações procede que o conotativo essencial do Estado é o elemento jurídico – Governo, pois este é que lhe imprime a individualidade, distinguindo-o de outros entes aos quais não se reconheça a mesma qualificação. Essa incumbe ao Direito Internacional Público, única disciplina capaz de alcançar o plano externo da soberania.¹⁵⁵

¹⁵³ FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos*, p. 13.

¹⁵⁴ SILVA, Juary C. *A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos*, p. 45.

¹⁵⁵ Cf. SILVA, Juary C., *op. cit.*, p. 45-46.

Zulmar FACHIN chama a atenção para os conceitos doutrinários que procuram inserir o elemento finalístico na definição e constituição do Estado. Cita o referido autor, dentre outros, Dalmo de Abreu DALLARI, para quem “o Estado, como sociedade política, tem um fim geral e constitui-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir os respectivos fins particulares”.¹⁵⁶

3.1.1. *Governo e Poder Estatal*

A expressão “governo” costuma indicar restritamente o ramo executivo do Poder Público, ou, de modo amplo, o Poder Público global, que abrange também os poderes Legislativo e Judiciário (pressupondo-se a idéia da *tripartição dos poderes* de Montesquieu, que logo adiante veremos não ser a mais correta). Como adverte Juary SILVA, este último sentido, *lato*, é o mais usual no âmbito da Ciência Política¹⁵⁷ por expressar o fenômeno do poder estatal em sua totalidade e é o sentido que será usado, daqui para frente, por melhor se coadunar com as idéias que pretendemos externar adiante.

A distinção entre governo e poder, apesar de inócua aos nossos intuitos (no plano jurídico, em nível de conteúdo, ambas as expressões se equivalem), revela em sua substância que a essência do fenômeno reside no *poder*. O poder, quando exercido pelo Estado, adquire o qualificativo de político, estatal ou ainda público (indicativo do seu uso no pólo ativo da relação entre governantes e governados). Sociologicamente, explica Juary SILVA, o conceito de poder é bastante amplo, “... expressando todo e qualquer fenômeno de dominação, de superposição, de supremacia de um (ou alguns) sobre outros. O fenômeno do poder significa em

¹⁵⁶ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 107 *apud* FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional*, p. 16.

¹⁵⁷ Cf. SILVA, Juary C., *op. cit.*, p. 47.

essência não uma das faces da relação de dominação – o dominante – porém a própria relação; trata-se de um conceito *relacional*, não individual.”¹⁵⁸

Em linhas gerais, tendo em conta as lições de Georges BURDEAU, pode-se dizer que o Estado contemporâneo é fruto da institucionalização do poder, fenômeno histórico-sociológico decorrente da inerente vontade do homem em se libertar do poder de outro homem e que consiste numa operação jurídica pela qual o poder político se transfere da pessoa dos governantes para uma entidade abstrata – o Estado. O efeito jurídico desta operação é a criação do Estado como suporte do poder independente da pessoa dos governantes.¹⁵⁹

Não existe, portanto, Estado desvinculado da idéia de poder, pois é este que lhe imprime substância, atuando como um elemento aglutinante da sociedade, o que implica dizer que mesmo nas sociedades não organizadas em forma de Estado ele é fato indefectível.¹⁶⁰ Nos estados constitucionais modernos, entretanto, o poder é exercido conforme o direito, com base em leis pré-estabelecidas que disciplinam e distribuem o seu exercício, o que é imprescindível para evitar arbitrariedades e ameaças à liberdade dos governados,¹⁶¹ por isso a designação do Estado com o qualificativo “de Direito”. O poder nu, conforme citado por Bertrand RUSSELL¹⁶² no sentido de um poder desmedido, tirânico, que não implica aquiescência alguma por parte do cidadão é um fenômeno ajurídico, ou pré-jurídico, que nada tem a ver com o direito. Nessa linha, “torna-se imperioso que o poder seja disseminado e repouse sobre a maior quantidade de pessoas a fim de que seja exercido o menos arbitrariamente possível”.¹⁶³ Historicamente, o formato adotado na busca de equilibrar o exercício do poder estatal tem sido o de distribuir suas 3 funções básicas¹⁶⁴ em órgãos distintos e independentes entre si, de forma que recaiam sempre em mãos diferentes as tarefas de elaborar as leis, executar atos de acordo com elas e decidir litígios.

¹⁵⁸ SILVA, Juary C., *op. cit.*, p. 48.

¹⁵⁹ Cf. BURDEAU, Georges. *O Estado*, p. 4-5.

¹⁶⁰ Cf. SILVA, Juary C., *op. cit.*, p. 48.

¹⁶¹ Cf. FACHIN, Zulmar, *op. cit.*, p. 43-45.

¹⁶² RUSSELL, Bertrand. *O Poder: uma nova análise social*, p. 27.

¹⁶³ FACHIN, Zulmar, *op. cit.*, p. 45.

¹⁶⁴ Conforme a obra clássica de Aristóteles (A Política).

3.1.2. A Unicidade do Poder Estatal

O poder estatal é uno, mesmo quando fragmentado em vários níveis e em centenas ou até mesmo milhares de organizações e instituições, como ocorre nas federações, notadamente em nosso próprio país, onde os Municípios recebem suas faculdades de poder diretamente da Constituição. É poder público, portanto, o exercido pelo Presidente da República e Ministros de Estado, pelos Governadores, pelos Prefeitos Municipais e até mesmo o que compete ao mais humilde servidor do mais pobre município do país. Cada entidade e cada agente do Estado detém uma parcela do poder estatal, caso contrário, somente a autoridade máxima (em nosso sistema o Presidente da República) poderia praticar atos de autoridade, o que inviabilizaria nos dias de hoje a própria existência do Estado. Eis porque a existência de diversas pessoas políticas num único Estado não invalida o princípio da unidade do poder estatal, antes lhe possibilitando aplicação prática. Uma ressalva, entretanto, pela sua importância extrema, deve ser feita: este fenômeno ocorre apenas no plano do direito interno, jamais perturbando a personalidade única do Estado no plano do Direito Internacional Público, o que afetaria a própria existência dos Estados Federais.

Da unidade do poder estatal deriva uma das conseqüências jurídicas mais importantes ao nosso estudo: sua *incindibilidade*. Mesmo a despeito da repartição ideal de atribuições efetuada pela Constituição em “Poderes” Executivo, Legislativo e Judiciário a unicidade do poder estatal não é rompida. O poder estatal sendo uno, só pode existir no singular.¹⁶⁵

Eis porque, a rigor, é inapropriado falar em “Poder” Executivo, “Poder” Legislativo e “Poder” Judiciário ainda que sejam expressões consagradas pelo uso e acolhidas como dogma constitucional. Destacamos a expressão “repartição ideal de atribuições” para enfatizar o que realmente ocorre na prática. Onde fica então a teoria da divisão (ou tripartição) de poderes de Montesquieu, tão difundida entre nós? Segundo a doutrina de Juary SILVA a concepção de mais de um poder no

¹⁶⁵ Cf. SILVA, Juary C., *op. cit.*, p. 50. Neste mesmo sentido aponta Celso Ribeiro BASTOS (*Curso de Direito Constitucional*, p. 342-342).

Estado deriva de uma visão equivocada do problema, fruto de uma época conturbada e em que o Direito Público começava a engatinhar. Montesquieu elaborou sua teoria em bases filosóficas, sem rigidez, com apoio no direito inglês e com vistas unicamente à limitação no exercício do Poder. Inobstante estes fatos, suas teorias foram apropriadas pelos revolucionários franceses de 1789, que substituíram sua fórmula empírica por uma construção metafísica, na qual os poderes estatais consistiam em frações da soberania que eram delegadas a representantes escolhidos.¹⁶⁶ Essas explicações geram por certo grande perplexidade (também a nós) em virtude do modelo que recebemos por anos a fio em nossas escolas e explicam, ao menos em parte, as grandes confusões que assistimos em matéria de Estado, Governo e Poder estatal, que acabam sendo transplantadas para a esfera do Direito, em especial quando trata da responsabilidade estatal.

Assim, recorrendo novamente ao escólio de Juary SILVA, acerca da tripartição de poderes:

... o que se designa como poder, nesse contexto, não passa de *função*; dito de outro modo o Poder estatal não se subdivide em poderes menores (executivo, legislativo e judiciário), que seriam no máximo subpoderes, poderes de gradação inferior; ele remanesce único, variando tão-só as *funções* com que ele se exterioriza. Essa variação corresponde em substância ao princípio da *divisão do trabalho* aplicado ao organismo estatal, pelo qual este se apresta para exercer separadamente atribuições de essência diversa, com o fito de desempenhar com mais eficiência suas ingentes tarefas.¹⁶⁷ (Grifos do original)

Por muito tempo imperou essa confusão entre cientistas políticos e juristas. Hoje, a despeito de ainda se sustentarem posições equivocadas, a mais apurada doutrina reconhece que a chamada divisão de poderes nada mais é do que uma distinção ou repartição de *funções*, sem prejuízo do Poder estatal. Desta forma, a rigor, o Poder estatal não se subdivide ou fragmenta. O que ocorre é a sua distribuição metódica através de um grande sistema de *competências*, a exemplo do

¹⁶⁶ Cf. BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 7. ed., 1957, p. 112-113 *apud* SILVA, Juary C., *op. cit.*, p. 50.

¹⁶⁷ SILVA, Juary C., *op. cit.*, p. 51.

que no Direito acontece com o Direito Processual a respeito da jurisdição (que é uma e, bem assim, se distribui por meio da competência aos diversos juízes e tribunais). O Direito Público, da mesma forma, se apóia no mesmo tipo de sistema de competências, de forma que os órgãos públicos não são outros tantos poderes, porém detentores de frações ideais do poder único.

Estas noções precedentes são importantíssimas ao nosso estudo. Uma vez reconhecido que o Poder estatal é uno, caem por terra as objeções tradicionalmente levantadas contra a responsabilização estatal¹⁶⁸ por atos jurisdicionais, que apontam no sentido de que o Judiciário, como poder estatal, não pode ser responsabilizado em face de sua soberania. Ora, o poder estatal sendo uno, desfaz de uma vez por todas a idéia do Judiciário como “poder autônomo”, sendo este apenas um órgão incumbido de função específica e determinada dentro da estrutura do Estado, o que implica na sua responsabilidade pelos atos lesivos que praticar contra os cidadãos.

Conforme pontua Zulmar FACHIN, a unicidade do poder estatal liga-se à unicidade do poder, à unicidade da jurisdição e à unicidade do próprio ordenamento jurídico, sendo que a “partilha” deste poder estatal ocorre apenas no que tange ao modo de exercê-lo.¹⁶⁹

Cabe-nos daqui a diante empreender tentativas no sentido de desfazer o que nos parecem ser alguns graves equívocos. Um deles é o que encontramos na jurisprudência pátria ao reconhecer a responsabilidade unicamente aos atos do Executivo, como se só os seus atos lesivos merecessem a dignidade da responsabilização.

Com base nas inferências precedentes, se os usualmente ditos “poderes” do Estado não são autênticos poderes autônomos, porém apenas órgãos incumbidos de funções específicas e distintas, nos parece óbvio que eles se tornam responsáveis em decorrência dos atos lesivos que praticarem e não em virtude da natureza peculiar do órgão que acaso originou o ato. Desta feita, a responsabilidade do Estado não é inerente apenas aos atos danosos do Executivo, como por muito tempo foi preconizado pela doutrina e ainda hoje sustentado pela jurisprudência,

¹⁶⁸ Cf. SILVA, Juary C., *op. cit.*, p. 53.

¹⁶⁹ Cf. FACHIN, Zulmar, *op. cit.*, p. 58-59.

arrimados no citado equívoco interpretativo da teoria da separação dos poderes do Estado em conjugação com a *ascendência* do Executivo sobre os demais poderes estatais. Deve-se frisar que nesta seara, *data venia*, há que se adotar posição radical, já que não nos parece possível subsistir meio termo: ou todos os atos estatais ensejam a responsabilidade, como, aliás, nos parece lógico, ou nenhum deles acarreta a responsabilidade, o que seria antijurídico e iníquo. Ainda que a função executiva, por tradição, tenha preeminência sobre as funções judiciárias e legislativas, em face da unicidade do poder estatal torna-se impossível sustentar logicamente a irresponsabilidade por qualquer ato estatal.

Sob o ângulo da personificação do Estado o problema adquire clareza ainda maior. Pessoa jurídica é o Estado, vale dizer, cada pessoa política e nunca qualquer dos chamados poderes do Estado em si. Como a pessoa jurídica não tem existência material, ela só pode agir através de seus agentes sendo, portanto, os atos deles que ensejam a responsabilidade da pessoa jurídica pública. Daí não haver razão jurídica alguma para tentar distinguir, quanto à responsabilidade, entre atos praticados por órgãos da Administração ou por qualquer outra função do Estado.

3.1.3. As Funções Estatais

Já foi assentado anteriormente que o poder estatal é uno, razão pela qual os “poderes” do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário – são na verdade apenas especificações funcionais desse Poder monocrático, a par do evidente e importante objetivo político constatado na limitação recíproca entre os detentores das frações de poder, segundo a célebre fórmula de Montesquieu: “o poder limita o poder”.¹⁷⁰

No passado reinava, literalmente, um sistema de confusão de poderes, pois no regime monárquico e absolutista, *a priori*, é o rei quem administra, legisla e distribui justiça, não porque seu poder fosse ilimitado (conforme historicamente sabemos), mas porque não havia distinção de funções. Não havia, em face disso,

¹⁷⁰ MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*, p. 166.

uma especialização das funções estatais e tampouco uma divisão clara, pois ao soberano competiam todas as funções do estado e também a ele delegá-las a terceiros como conselheiros e juízes, de acordo com sua vontade.

Tomando por base a clássica divisão das atribuições estatais em número de três e o modelo constitucionalista atual, quando a um órgão é confiada a função de executar as leis e prover de modo concreto e imediato às necessidades coletivas (Executivo); a outro a função de legislar (Legislativo) e ao terceiro a de decidir litígios, se e quando provocado por quem nisso tenha interesse legítimo, cuida-se substancialmente de uma especialização de funções, estabelecida de modo permanente, pela qual cada um dos órgãos estatais se incumba de determinada tarefa, nos limites em que ela for prevista pela Constituição. A dosagem exata das atribuições de cada “poder” (emprega-se aqui o termo poder como sinônimo de função) tem cunho político e se coaduna com a sistemática constitucionalista vigente dos freios e contrapesos.¹⁷¹

A distribuição de funções estatais, portanto, se reduz a uma questão de delimitação de competências. Contudo, notoriamente, as funções estatais não são estanques. Cada um dos denominados Poderes do Estado exerce, além das funções que lhe são próprias, outras, cuja natureza incide na esfera de atribuições dos demais poderes, que a doutrina trata pelo conceito de interferência funcional. Uma advertência oportuna é a de que, na prática, se usam indistintamente, como sinônimos, as expressões *atribuições do Estado* e *funções do Estado*. No entanto, assevera Juary SILVA, arrimado em lição de Gabino FRAGA, “... elas traduzem noções diferentes: o conceito de atribuições compreende o *conteúdo* da atividade do Estado; é o que o Estado deve fazer. De outra parte, o conceito de função se refere à *forma* e aos *meios* da atividade do Estado; as funções constituem a *forma* do exercício dessas atribuições”.¹⁷² Explica-nos ainda o insigne jurista que as funções não se distinguem pelo fato de cada uma delas possuir conteúdo diferente, pois todas podem servir para realizar conjuntamente uma única atribuição. Isso, na verdade, não é senão corolário do princípio da unicidade do Poder estatal, frente ao

¹⁷¹ A este respeito: SILVA Juary C., *op. cit.*, p. 59-61 e SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, p. 42-45.

¹⁷² FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. 6. ed. México, 1955, p. 29 *apud* SILVA, Juary C., *op. cit.*, 69-70.

qual a diversidade de funções não poderia jamais conduzir a uma separação rígida entre elas, que vedasse *a priori* a interferência funcional.

Disso decorre o fato de cada poder estatal ter possibilidade de vir a exercer funções materialmente ínsitas à esfera de competência de outro poder, como testemunhamos freqüentemente no Brasil. Deve-se, no entanto, afastar a idéia de que a interferência funcional exerce papel unicamente nefasto, como é freqüentemente difundido em nosso país. Antes ela dinamiza e vivifica os poderes estatais, evitando entraves ao desempenho das funções do Estado, que em última instância, em face da homogeneidade das funções cometidas a cada Poder, inviabilizariam por completo a atividade estatal eficaz. A interferência funcional torna-se nefanda quando invade a esfera de poder alheia concorrendo manifestamente com a função desempenhada alhures, especialmente quando tem a finalidade de burlar de algum jeito limitações impostas por outro poder no âmbito do sistema de freios e contrapesos.

Partindo para a enumeração das funções do Estado, o faremos com base no esquema clássico da tripartição¹⁷³, ainda que haja na doutrina quem advogue sistemas diferentes. Assim, teremos:

- 1) a função executiva: tida classicamente como a de executar as leis, e administrar os recursos estatais destinados a prover de modo concreto e imediato às necessidades da nação. Hodiernamente a Administração, como seria mais sensato designar-lhe, na medida em que assume novas e variadas funções, como o papel de Estado-empresário e Estado-assistente social, extrapola em muito suas funções clássicas executivas para se aproximar cada vez mais do Legislativo. Deve-se observar ainda a preeminência da função executiva, que além de exercer uma função incessante, exerce papel de coordenadora dentre as três funções clássicas do Estado. Prova disso é a manutenção do monopólio da força e a gerência do tesouro público;

¹⁷³ Noção consagrada na obra clássica de Aristóteles (*A Política*) e difundida por Montesquieu (*O Espírito das Leis*), ainda que com diferente enfoque.

- 2) a função legislativa: a função clássica de legislar, elaborar e colocar em vigor as leis, necessárias para regular a vida em sociedade nos limites do território do Estado;
- 3) a função judiciária: neste trabalho, em razão de sua temática, é a que adquire o maior relevo. Classicamente, é a função de solucionar conflitos aplicando a norma jurídica ao caso concreto, se e quando provocada por quem nisso tenha interesse legítimo. Não se confunde com a função executiva em razão de duas peculiaridades: só atua se provocada e suas decisões se revestem de um conotativo particular e exclusivo, a coisa julgada. Podemos asseverar que a jurisdição não pode ser enfocada exclusivamente sob o prisma da função é ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Poder enquanto manifestação do Poder estatal uno, que lhe confere capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação social mediante a realização da justiça por meio do devido processo legal. Por fim, como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que lhe compete.

Eis porque, sendo a jurisdição uma *atividade*, tem exatamente a *mesma obrigação de reparar os danos* que é atribuída à Administração (Executivo) em razão da prestação de outros serviços públicos. Ou seja, deve existir em relação à atuação do magistrado na prestação da jurisdição *a mesma responsabilidade* que é atribuída a um administrador público. Em nossa opinião, de toda a digressão feita até aqui, a inferência que cabe neste ponto é a de que o Estado tem o dever de manter um serviço judiciário que funcione tão bem como qualquer outro serviço público fornecido pelo aparato estatal.

3.2. O PROBLEMA DA NOMENCLATURA

Com o objetivo de aclarar ainda mais alguns conceitos já utilizados no decorrer deste trabalho e outros que ainda o serão adiante, bem como se evitarem alguns equívocos desnecessários, se faz mister criticar o aspecto terminológico das expressões empregadas no tratamento da temática proposta ao longo deste estudo.

A primeira diz respeito ao uso da partícula “civil” como conotativo da responsabilidade do estado. Ainda que consagrada pelo uso, a expressão “responsabilidade civil do Estado” envolve um pleonismo, porque no tocante ao Estado, por ser esta pessoa jurídica, só há que se cogitar de responsabilidade civil, nunca da penal. Lembremos da máxima romana: *societas delinquere non potest*.

Em equívoco maior incorrem aqueles que empregam o termo “responsabilidade pública”, já que não existe contraposição a uma “responsabilidade privada” que justifique seu emprego.

Costuma-se também se falar em “responsabilidade das pessoas de direito público”, porém o uso desta locução não traz qualquer benefício à idéia que se deseja exprimir. As pessoas jurídicas de direito público não são sujeitas à responsabilidade civil por serem pessoas jurídicas e sim porque o ordenamento jurídico as faz responsáveis, quanto a certos atos e mediante determinados pressupostos. Ademais, esta expressão acentua o aspecto subjetivo passivo da responsabilização, o que não se afigura benéfico ou adequado.

Grassam, especialmente no Direito Público, as expressões “responsabilidade civil da administração pública” ou “responsabilidade da administração”, que, *data venia* aos que as utilizam, devem ser refutadas em razão de sua incompletude, pois exprimem a responsabilidade apenas do ramo Executivo do Governo do Estado. Muito embora o conjunto das atividades que exerça seja o que mais causa danos na prática, como já se assentou, ele não é o único a ensejar a responsabilização estatal. Hely Lopes MEIRELLES¹⁷⁴, justifica a adoção desta

¹⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*, p. 649.

terminologia baseado no fato de que o dever de indenizar se impõe à Fazenda Pública.

3.3. SÍNTESE EVOLUTIVA DA RESPONSABILIDADE ESTATAL E SUAS TEORIAS

Como já analisamos a evolução histórica da responsabilidade civil genérica, em suas raízes privatísticas, na sintética condensação empreendida no início deste trabalho, iremos nos ater aqui apenas às mutações da teoria geral no que tange ao direito público e aos aspectos específicos relativos à responsabilidade estatal, *lato sensu* o tema central deste estudo, apesar das advertências de alguns renomados mestres de que este ramo pertença unicamente ao Direito Administrativo e ao Direito Constitucional¹⁷⁵, e com o que, *data venia*, de todo não concordamos dado o fenômeno da unidade do sistema jurídico.

Historicamente, a responsabilidade de reparar os danos causados a terceiros foi, paulatinamente, sendo estendida ao Estado pela doutrina na medida em que iam se diferenciando responsabilidade civil e responsabilidade penal. Porém, a responsabilidade estatal só seria inaugurada, tal como a conhecemos atualmente, a partir do momento em que a evolução do Estado permite concebê-lo desprendido da pessoa do monarca e deste independente, o que só se consolidou nos idos do século XVIII, com a ruptura da concepção teocêntrica do poder monárquico. Como até então o Rei era a encarnação do poder divino na terra, não era possível conceber nas formações estatais oriundas do medievo europeu qualquer forma de responsabilização do monarca (deve-se lembrar que a igreja – em especial a católica – exercia grande influência em praticamente todos os círculos sociais da época).

Analogamente à teoria geral da responsabilidade civil privada, também a estatal se desenvolveu partindo de um enfoque subjetivista (donde se perquiria a

¹⁷⁵ A este respeito consultar: DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. 2, p. 556 e GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, p. 172.

culpa do agente estatal) para só num momento bem mais recente evoluir para a responsabilidade objetiva que hoje se propugna como regra geral no direito público.

Cronologicamente, a responsabilidade do Estado passou por uma lenta, gradual e surpreendente evolução até atingir o estágio em que se encontra hoje. Esta evolução, no contexto da Europa continental (de onde costumamos importar nossos conceitos e institutos jurídicos), ao contrário do que geralmente se pensa, não se deu de maneira uniforme, conforme se observará no próximo tópico. Em seu avanço, importantíssima foi a contribuição do direito francês¹⁷⁶, notadamente pela construção jurisprudencial do seu Conselho de Estado. As influências do constitucionalismo do direito europeu continental, a concepção jurídico-liberal de Estado em voga após a Revolução Francesa e, também a idéia de justiça social, com o desejo de defender os fracos, ou seja, os indivíduos isolados, determinaram indelevelmente esta evolução.

Nesse processo de desenvolvimento da responsabilização estatal, ramo de responsabilidade muito mais recente do que o tronco geral do qual deriva, podemos identificar três conjuntos de teorias que sintetizaram o contexto histórico, sociológico e político das épocas em que foram desenvolvidas e aplicadas. Temos, por este motivo, autores que caracterizam estes três feixes teóricos como fases distintas de desenvolvimento¹⁷⁷, com o que também concordamos. São elas: 1) a fase da irresponsabilidade; 2) a fase civilista; 3) a fase publicista.

Deve-se advertir de antemão que o processo evolutivo no direito, de maneira geral, não ocorre de forma linear e tampouco excludente, o que significa dizer que as diferentes fases não se sucederam por substituição umas às outras. A aceitação de uma teoria não representa necessariamente o abandono ou esquecimento de outra, fato que as leva, normalmente, a coexistir progressivamente.

¹⁷⁶ Dada esta importância e, especialmente a influência que exerceu sobre o Direito Brasileiro, em particular no ramo Administrativo, utiliza-se na maior parte da doutrina a evolução da responsabilidade estatal no direito francês para balizar a evolução histórica da responsabilidade estatal de forma geral, o que repetimos neste trabalho.

¹⁷⁷ Há autores como Carlos Edison do Rêgo MONTEIRO FILHO (Problemas da responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*, p. 41 e ss.) que dividem o desenvolvimento histórico da responsabilidade estatal em quatro fases ou conjuntos teóricos. Porém, preferimos a divisão em três conjuntos, mais comum na doutrina, conforme a adotada por José de Aguiar DIAS (*Da responsabilidade civil*, v. 2, p. 564).

3.3.1. Fase da Irresponsabilidade

Provavelmente as primeiras especulações acerca da responsabilidade estatal (a doutrina não apresenta registros claros) surgiram antes mesmo da formação dos modernos estados nacionais no final do século XV. Neste período e por muito tempo depois imperou a chamada teoria negativista, que preconizava a irresponsabilidade estatal perante os danos causados injustamente aos cidadãos. Conforme nos ensina a doutrina¹⁷⁸, esta teoria tinha cunho essencialmente absolutista (e fundo religioso – já que eram religiosos os fundamentos legitimantes) e despontou no período em que conhecemos os estados despóticos, em que prevaleciam fórmulas de infalibilidade do soberano como aquela traduzida pelo famoso aforismo do direito inglês “*The King can do no wrong*” (“O Rei não pode errar”) – lembrado por diversos tratadistas, a doutrina do “*non suability*”¹⁷⁹ e a célebre frase atribuída ao rei absolutista francês Luís XIV – “*L’état c’est moi*” (“o Estado sou eu”, dentre outras. A irresponsabilidade do Estado era tida como decorrência de sua divina e intocável soberania e, por esta razão, não era admitida aos súditos a possibilidade de pleitear ressarcimento de prejuízos que lhes fossem causados pela sua atividade. Assim, a teoria da irresponsabilidade estatal no período da monarquia absolutista calcava-se basicamente sobre duas justificativas: 1) a primazia da soberania do Estado, que não permitia a existência de uma relação de igualdade entre o governante e o súdito; e 2) a representação do Direito como ordenamento posto pelo próprio Estado, o que inviabilizava a violação do Direito pelo próprio governante que o instituiu.¹⁸⁰

Posteriormente, outras justificativas passaram a ser largamente empregadas a fim de respaldar a irresponsabilidade estatal: 3) o Estado, por ser pessoa jurídica, não tem vontade própria; sendo assim age por intermédio de seus funcionários, por isso, quando há a ocorrência de algum ato ilícito a responsabilidade somente pode

¹⁷⁸ Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, p. 212; ANNONI, Danielle. *A responsabilidade do Estado pela demora...*, p. 26-27.

¹⁷⁹ Doutrina de origem inglesa que propugna a insusceptibilidade de julgamento do Rei perante os seus próprios tribunais.

¹⁸⁰ Cf. CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade Civil do Estado*, p. 18.

recair no funcionário, já que este é o executor do ato; 4) quando os funcionários agem fora dos parâmetros legalmente estabelecidos presume-se que não agiram como agentes do Estado (por uma interpretação absurda da presunção de legalidade dos atos estatais), daí a irresponsabilidade deste último.

Nesse quadro a única forma de responsabilidade que era admitida, ainda que raramente (na França era normal exigir-se autorização administrativa prévia para processar um funcionário público¹⁸¹), era a responsabilidade pessoal dos funcionários estatais eventualmente envolvidos na causação dos danos, por atos realizados em desconformidade com a lei (conforme a justificativa 4, retro) que, pela lógica vigente então jamais poderiam ser atribuídos ao Estado. Da mesma forma não era admitida a constituição de direitos contra o Estado soberano.

Como a irresponsabilidade já não era tolerada com facilidade, combatiam-se tais idéias com os seguintes argumentos: 1) o Estado possui vontade autônoma, pois a teoria da ficção legal foi superada; 2) o Estado, como pessoa dotada de capacidade, incorre em culpa *in eligendo* e *in vigilando* com relação aos seus funcionários; e 3) o Estado é sujeito de direitos e obrigações.

A teoria da irresponsabilidade do Estado, ou *these feudal*, conforme denominada pelos franceses, não resistiu à evolução social e encontra-se inteiramente ultrapassada. Interessante notar que os dois últimos países a admitir em seu direito positivo demandas indenizatórias por atos de agentes públicos tenham sido, respectivamente, os Estados Unidos (1946) e a Inglaterra (1947), ambos filiados ao *common law* e recepcionando a responsabilidade geral do poder estatal sob o manto civilista e com limitações bem definidas.

¹⁸¹ A esta autorização chamava-se “garantia administrativa dos funcionários”, cf. RODRIGUES, Luís Barbosa. Da responsabilidade civil extracontratual da administração pública em cinco estados das comunidades europeias. In: QUADROS, Fausto de (Coord.). *Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública*. p. 228.

3.3.2. Fase Civilista

Superada no direito europeu a irresponsabilidade estatal, dedicaram-se os juristas à tarefa da construção dogmática da responsabilização do Estado. Como bem observa Juary SILVA, tema propício como poucos a elucubrações doutrinárias. Salienta ainda o referido autor que esse labor padeceu por longo tempo do casuísmo ínsito na formação do princípio, que resultou de lenta e acidentada elaboração jurisprudencial, e não de um movimento legislativo consciente.¹⁸² Estas teorias, marcadas pelo individualismo liberal, buscaram soluções para a responsabilização do Estado nos princípios de Direito Civil.

Em fins do século XVIII, logo após a Revolução Francesa, em que as revoltas provocaram vários danos a bens particulares, surgiu a diferenciação entre dois tipos de atos estatais: os de *iure imperii* (atos de império, também conhecidos como atos de poder) e os de *iure gestionis* (atos de gestão, ou atos administrativos), como uma técnica jurídica com a finalidade de minimizar os prejuízos que poderia ter de arcar o tesouro francês, já praticamente insolvente. Assim, os atos de gestão seriam aqueles em que o Estado pratica como se fosse um particular, quando administra seu patrimônio. Os atos de império (ou atos de poder) seriam os que o Estado pratica no exercício do poder de polícia que lhe é inerente.

Ante essa diferenciação, surgiu a teoria de que só pelos atos de gestão cabe ação indenizatória, pois não se pode questionar a soberania do Estado (clara aqui, hoje, a confusão com o direito externo). Por outro lado, é imprescindível a ocorrência da culpa do funcionário, explicitada na imprudência, negligência ou imperícia, como condição para responsabilização daquele.

Posteriormente, houve o surgimento da teoria da culpa civilística, que aplicava à responsabilidade do Estado a mesma regra do direito privado, ou seja, deveria haver culpa do agente estatal para que se configurasse a responsabilização do ente público. Com isso, num primeiro momento apenas o funcionário responderia perante o lesado e, somente num segundo momento, também o Estado.

¹⁸² SILVA, Juary C., *op. cit.*, p. 80.

Ante estas construções, para obter a reparação do Estado, a vítima tem de provar, além a culpa do agente estatal causador do dano, que houve *culpa in eligendo* ou *culpa in vigilando* do ente estatal, o que se mostrava praticamente impossível na maioria dos casos concretos.

Apesar do evidente avanço em relação à construção teórica anterior, estas teorias não estavam aptas a resolver todos os problemas, em especial por conta da dificuldade prática de se separar as duas formas de exercício do poder estatal. Nesse sentido, José CRETELLA JÚNIOR¹⁸³ bem esclarece:

(...) embora apresentando inegável progresso em relação à teoria anterior, a teoria dos atos de gestão (com culpa evidente do funcionário) de modo algum é satisfatória em face dos princípios que informam os sistemas jurídicos, porque para aquele que sofre o dano não interessa a natureza do ato, se é de império ou de gestão. Se o Estado é o guardião do Direito, como deixar desamparado o cidadão que sofreu prejuízo por ato do próprio Estado? Por que motivo o Estado vai criar distinção cerebrina para eximir-se de responsabilidade com o fundamento de que o desequilíbrio verificado no patrimônio do particular foi produzida por ação administrativa insuscetível de crítica?

A jurista catarinense Danielle ANNONI, ao abordar esta questão assim pontua:

A dificuldade de tipificação entre um e outro ato [de poder ou de gestão] acabou por deslocar a responsabilidade para a idéia de culpa, quando por *ato ilícito* o Estado, por meio de seus agentes, viesse a lesar um particular.

Assim, o abandono da tese que separava as funções do Estado não implicou o abandono das regras de Direito Civil para explicar a responsabilidade em caso de dano. Surgiu, pois, a *teoria da culpa civil*, de acordo com a qual o Estado seria responsável quando se demonstrasse *culpa in eligendo* ou *culpa in vigilando*.

A *culpa in eligendo* era atribuída ao Estado quando da escolha de seus funcionários. O dano causado por um ilícito conferia ao Estado o dever de indenizar o prejudicado, haja vista que era responsável pela escolha de seus funcionários. A *culpa in vigilando*, por sua vez, resultava da conduta negligente ou imprudente dos agentes públicos, quando no exercício de suas atribuições, que fazia o Estado responder também pelos danos causados.¹⁸⁴

¹⁸³ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*, p. 61.

¹⁸⁴ ANNONI, Danielle, *op. cit.*, p. 29.

Percebe-se, com base nas lições colacionadas, que a teoria da responsabilidade estatal baseada na noção civilista de culpa pura, tornava o ressarcimento do dano praticamente impossível, demonstrando ser instrumento insuficiente para a proteção do lesado em grande parte dos casos concretos. A doutrina, ciente disso, parte então para uma nova teorização, desta feita radicada no âmbito do direito público.

3.3.3. Fase Publicista

Na linha natural da evolução surgiu a teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço, também chamada de *faute du service* pela doutrina francesa. A nova teoria perscrutava o conceito de serviço público, núcleo do próprio direito administrativo, trazendo a idéia de que a culpa seria do serviço público e não mais do agente estatal, ou seja, haveria a responsabilidade do Estado ainda que o servidor faltoso não fosse identificado, pois a responsabilidade daquele viria da falha do serviço em si, porque este não funcionara ou funcionara mal ou tardiamente. Assim, a culpa não era presumida, pois o lesado deveria provar o inadequado funcionamento do serviço público. Tratava-se de uma situação que simplificava a realidade em prol da vítima do dano, pois substituía a culpa de uma pessoa determinada (ainda que fosse difícil para a vítima determiná-la na demanda) pela culpa da instituição que mantém o serviço público. Logo, a culpa aqui não era empregada em seu sentido etimológico, mas em um sentido figurado.¹⁸⁵

Por fim, evoluiu-se para a *teoria do risco*, da qual derivou a doutrina do *risco administrativo*, na qual o Estado deveria indenizar o dano não somente quando este resultasse de culpa do agente estatal ou de falha do serviço, que seriam os atos ilícitos, mas também os resultantes de atos lícitos, visto que não era mais a culpa do serviço ou do servidor que eram tidas como geradoras dessa responsabilidade, mas sim o risco que toda atividade estatal implicaria para os administrados. Trata-se do

¹⁸⁵ SILVA, Juary C., *op. cit.*, p. 82-83.

entendimento que a responsabilidade do Estado pelos atos dos seus agentes é objetiva, como consagrado em nossa atual Constituição em seu art. 37, § 6º, prescindindo-se do elemento subjetivo (culpa do agente) para configurar o dever indenizatório do Estado.

Desta forma, o Estado seria responsabilizado sempre que sua atividade configurasse um risco para o administrado, independentemente da existência ou não de culpa e desde que desse risco tivesse resultado um dano. A responsabilidade, portanto, passou a ser objetiva. O lesado somente precisava provar a conduta do agente estatal, o dano e o nexo de causalidade entre ambos.

Importante mencionarmos a corrente que propugna pelo *risco integral*, vertente radicalizada da teoria do risco que focaliza o tema sob prismas atuais e avançados, monopolizando praticamente todas as polêmicas atuais em torno da teoria do risco no âmbito da responsabilidade estatal. Essa teoria não se admite causas exonerativas, ficando o Estado obrigado a indenizar todo e qualquer dano, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima, sob um viés de *socialização dos danos*. Esta questão, por estar ainda demais imbuída de conotações ideológicas, mais do que jurídicas, suscita momentosa polêmica e não nos parece conveniente alimentá-la aqui. Registre-se que essa teoria não é aceita em vários países, por ser considerada uma modalidade extremada da doutrina do risco, por isso abandonada na prática sob alegação de que conduz ao abuso e à iniquidade social.

Nosso ordenamento jurídico foi acompanhando essa evolução, adotando as teorias predominantes em cada época, com exclusão da teoria do risco integral, apesar de alguns autores sustentarem o contrário, divergindo da larga maioria da doutrina e da jurisprudência.¹⁸⁶

O antigo Código Civil, de 1916, em seu art. 15 (art. 43 do novo Código), estatuiu que o Estado será civilmente responsável pelos atos ilícitos praticados por seus representantes, que nessa qualidade causarem danos a alguém.

¹⁸⁶ Indenização – Furto de veículo estacionado livremente, à noite, em via pública – Inocorrência da denominada *faute du service*, quando o Poder Público devia agir ou não agiu, agiu mal ou tardiamente – Ordenamento jurídico, ademais, que não adotou a teoria do risco integral – Verba indevida – Inteligência do art. 37, § 6º, da CF (TJSP – RT 782/235).

Porém, por volta da década de 30 do século passado predominava o entendimento de que os atos delitivos que gerassem danos, praticados pelos representantes do Estado que excedessem nas suas funções, não geravam a responsabilidade do Estado, visto que aqueles perdiam a qualidade de prepostos deste e este não concorria para o evento danoso. Portanto, o agente respondia pessoalmente. Adotava-se tal teoria porque naquela época ocorreram inúmeras revoluções, como é o caso da Revolução Constitucionalista de 1932, em que o Estado não era responsabilizado nos casos de excesso culposos ou dolosos dos militares.

Foi a partir da Constituição Federal de 1937, em seu artigo 158, que o Estado passou a responder objetivamente pelos atos de seus funcionários, independentemente da existência ou não da culpa do Estado, fundamentada esta responsabilidade na teoria do risco. Com o advento da atual Constituição de 1988 houve uma ampliação da responsabilidade estatal, haja vista o preposto do Estado deixar de ser apenas o funcionário público para ser o agente público, termo este que abrange um número maior de pessoas.

A responsabilidade do Estado, considerada pela ótica da teoria do risco administrativo, conduz a pessoa jurídica de direito público à obrigação de reparar o dano sofrido pelo particular por conduta de agentes estatais, segundo o princípio da repartição equitativa dos ônus e encargos públicos a todos da sociedade, num sentido claro de objetivação e socialização dos prejuízos oriundos daquela conduta.

3.4. A SISTEMÁTICA DA RESPONSABILIDADE ESTATAL NO DIREITO BRASILEIRO

Enquanto a evolução doutrinária genérica do tema foi traçada anteriormente, cuida-se aqui de traçar a evolução de nosso direito positivo no particular. Historicamente, a primeira constatação pertinente ao direito brasileiro é a de que, em tese, este jamais admitiu a irresponsabilidade do Estado, formulando ao revés a da

responsabilidade geral deste, muito embora as teses de responsabilidade do Estado só tenha se firmado ao longo do século XIX.

A primeira menção, ainda que não expressa, à responsabilidade estatal, ocorre na Constituição do Império, de 1824, que em seu art. 179, nº 29, dispunha sobre a responsabilidade dos agentes estatais. Este mesmo dispositivo foi mais tarde transplantado para a Constituição Republicana de 1891. Anotava-se à época, que os comentadores da Constituição de 1891 reconheciam de forma unânime a responsabilidade solidária do Estado no dever de reparar o dano.

O Código Civil de 1916 foi o primeiro texto legislativo brasileiro a instituir expressamente a responsabilidade extracontratual do Estado, por meio do disposto em seu art. 15:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nesta qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Também o Código Civil de 1916, em seu art. 159¹⁸⁷, consagrou a *responsabilidade subjetiva* como regra geral do sistema privado brasileiro, a reclamar reparação contra todos os atos culposos causadores de dano injusto.

A nível constitucional, a primeira constituição brasileira a conter dispositivo expreso sobre a responsabilidade estatal pelos atos de seus agentes, muito embora somente por atos ilícitos, foi a Carta de 1934, em seu art. 171. Posteriormente a Carta Magna de 1937 manteve o sistema de responsabilidade solidária introduzido por sua antecessora.

O Código de Processo Civil de 1939 dispôs em seu art. 121, a responsabilidade pessoal do juiz por atos judiciais, restringindo-se tão somente às hipóteses de conduta fraudulenta ou dolosa. A mesma regra foi mais tarde repetida

¹⁸⁷ CC/1916: Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

no Código de Processo Civil de 1973 (art. 133), ainda em vigor, e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, de 1979 (art. 49).

Da mesma forma, o Código de Processo Penal de 1941, em vigor, determinou, em seu art. 630, a responsabilidade do Estado na hipótese de revisão criminal procedente, nos termos de seus arts. 626 e 627.

Na Constituição de 1946, que dispôs sobre a responsabilidade estatal em seu art. 194, a idéia de culpa foi suprimida do conceito, sendo referida apenas como pressuposto da ação regressiva do Estado contra seus agentes. Foi, portanto, a *primeira constituição brasileira a tocar na responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público*.¹⁸⁸

As constituições dos governos militares de 1967 (art. 105) e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (Constituição Federal de 1969 – art. 107) apenas acrescentaram a figura do dolo ao lado da culpa, como pressuposto para a ação regressiva. A Emenda Constitucional de 1969 estabelecia no art. 107 uma responsabilidade estatal que se referia a ato lesivo praticado por agente público no exercício da função, mesmo se este ao praticar o ato lesivo, usurpa funções. O parágrafo único deste artigo tratava da ação regressiva, no caso de haver culpa do agente público causador do dano, caso contrário respondia o estado sem direito regressivo.

A Constituição Federal de 1988, seguindo esta mesma linha de entendimento, consagrou a teoria do risco administrativo em seu art. 37, § 6º, mantendo na última parte o direito à ação regressiva nos casos de dolo ou culpa. No entanto, inovou em dois pontos. Primeiro, inseriu as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, como entidades suscetíveis de serem responsabilizadas pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Depois, pela substituição do termo “funcionário”, empregada nas constituições anteriores por “agente”, muito mais amplo. Assim, o conceito de agente, entendido como toda pessoa incumbida da realização de um serviço público,

¹⁸⁸ CF/1946: Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

temporária ou permanentemente, abrange todas as categorias de agentes públicos, sejam eles agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a administração “sem interessar o título sob o qual prestam o serviço”.¹⁸⁹

Inobstante esta definição pareça clara, muitas dúvidas e divergências ainda são suscitadas sobre a abrangência do conceito de *agente público*, bem como acerca da definição de *serviço público* e sobre se a disposição do art. 37, § 6º da Constituição Federal vigente *também se aplica aos agentes legislativos e judiciários*, questões que serão analisadas adiante.

Por fim, o Código Civil de 2002 tratou do assunto em seu art. 43,¹⁹⁰ mas não trouxe nenhuma evolução significativa à matéria, limitando-se a afirmar o que já estava assentado nas disposições constitucionais.

3.5. CAUSAS EXONERATIVAS E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

Como já se inferiu em nosso estudo, o Estado não responde por qualquer dano sofrido pelo particular. Além dos casos em que o ente estatal deixará de responder pelos danos provocados em face da sua não indenizabilidade, há casos em que a responsabilidade do Estado será elidida quando presentes determinadas situações, aptas a excluir o nexo causal entre a conduta do agente estatal e a ocorrência do fato danoso.

Entretanto, também quanto às excludentes de responsabilidade, não há uma unanimidade na doutrina. A maior parte dos doutrinadores considera como óbices à responsabilização do Estado pelo evento danoso a ocorrência de culpa exclusiva da

¹⁸⁹ ANNONI, Danielle, *op. cit.*, p. 39.

¹⁹⁰ CC/2002: 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.

vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior. Alguns autores ainda mencionam o estado de necessidade como excludente da responsabilidade estatal.¹⁹¹

Observe-se que, no âmbito da responsabilidade estatal, não subsistem outras excludentes e atenuantes de responsabilidade acatadas no direito civil, como a legítima defesa, as excludentes de ilicitude e a cláusula de não indenizar.

3.5.1. *Culpa Exclusiva da Vítima*

A culpa exclusiva da vítima ou de terceiro é considerada causa excludente da responsabilidade estatal, pois quebra o nexo de causalidade, visto que o Poder Público não pode ser responsabilizado por um fato a que, de qualquer modo, não deu causa. Decorre de um princípio lógico de que ninguém poderá ser responsabilizado por atos que não cometeu ou para os quais não concorreu. Configura-se a culpa da vítima quando o causador do dano e o lesado se confundem na mesma pessoa. Contudo, só ocorre a elisão da responsabilidade estatal em indenizar a vítima quando esta culpa for excludente, ou seja, exclusiva, imputável somente à pessoa vitimada.

Nos casos em que se verifica a existência de concausas, isto é, mais de uma causa ensejadora do resultado danoso (culpas concorrentes), praticadas simultaneamente pelo Estado e pelo lesado, não haverá excludente de responsabilidade. Haverá, sim, atenuação do *quantum* indenizatório devido pelo ente estatal na medida da sua participação no evento.

No entanto, por se tratar a responsabilidade estatal de responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, *cabe sempre ao Estado* demonstrar a elidente de responsabilidade.

¹⁹¹ Neste sentido consultar DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*, p. 49 e 52.

3.5.2. *Fato de Terceiro*

Existem casos em que o verdadeiro causador do dano é terceiro, entendido aqui como qualquer pessoa estranha à relação entre a vítima com o responsável pela atividade. Comprovado que o dano se deu por causa exclusiva do ato de terceiro, estranho ao binômio agente-vítima, afasta-se a responsabilidade do agente inicialmente considerado por restar interrompida a relação de causalidade entre a conduta do autor aparente e o dano experimentado pela vítima. Em se tratando do Estado, no entanto, a exclusão da responsabilidade só se dará quando o fato de terceiro revestir-se de características semelhantes às do caso fortuito, sendo imprevisível ou inevitável. É o caso, por exemplo, de veículo que, trafegando corretamente, é abalroado por terceiro e lançado de encontro a outro, causando prejuízos a este.

O responsável direto pelo evento danoso, neste caso, é mero instrumento do verdadeiro causador do dano para a ocorrência do evento. Como já dito, sendo exclusiva a culpa do terceiro para o resultado danoso, configura-se a elidente de responsabilidade.

3.5.3. *Caso Fortuito e Força Maior*

Também aqui consideradas as principais A força maior é tradicionalmente associada na doutrina abalizada com os fenômenos da natureza, um seja, um acontecimento inevitável (ainda que previsível) e absolutamente estranho ao comportamento humano (de causa exterior à conduta), como por exemplo um raio, uma tempestade ou um terremoto. Nestes casos, ainda que conhecida a causa, o Estado se torna incapacitado diante da irresistibilidade das causas determinantes de tais fenômenos, o que, por conseguinte, justifica a elisão de sua obrigação de indenizar eventuais danos que atinjam os particulares, visto que não está presente aí o nexo de causalidade necessário entre a conduta do agente estatal e o evento

danoso. Conforme já mencionado,¹⁹² percebe-se que há um requisito objetivo determinante, que marca o caso de força maior: a *irresistibilidade*.

Importante ressaltar que se o Estado deixar de realizar ato ou obra considerada indispensável segundo o estudo de determinados precedentes e sobrevier fenômeno natural que cause danos a particulares pela falta daquele ato ou obra que poderia minorá-lo, constituindo, portanto, uma conduta omissiva, o Poder Público será o responsável pela reparação de tais prejuízos, visto que neste caso estará plenamente presente o nexo de causalidade entre o ato omissivo e o dano. Nesta hipótese a causa não é o fato de força maior, mas a desídia do ente estatal em, sendo possível, prever tal fenômeno e suas conseqüências, nada ter feito para evitá-los.

O caso fortuito, por sua vez, é caracterizado pela *imprevisibilidade* do evento danoso, tornando-o geralmente inevitável. O acontecimento é visível mas ignora-se porque e como se produziu, de modo que se torna impossível prevê-lo ou evitá-lo implicando na impossibilidade de quebrar a aparente relação de causalidade entre o acontecimento e o dano.¹⁹³ Se houver condições, ainda que mínimas, de prever antecipadamente a ocorrência, restará descaracterizado o fortuito.

Conforme já tivemos oportunidade de pontuar,¹⁹⁴ no sistema de responsabilidade civil objetiva, prevalecente em relação aos entes estatais, das duas situações citadas, somente a força maior se reveste das condições capazes de elidir o nexo de causalidade em relação à conduta do agente estatal, dado que a causa é externa ao fato danoso e a teoria do risco prevê o risco da imprevisão.

A título de informação, registre-se que, no sistema de responsabilidade subjetiva, ao contrário, ambas as situações ensejariam a elisão da responsabilidade, já que em ambas não seria possível cogitar da culpa do agente estatal.

¹⁹² Confrontar a este respeito o tópico 2.5.5, retro, p. 55 e ss.

¹⁹³ Cf. DERGINT, Augusto do Amaral, *op. cit.*, p. 51-52.

¹⁹⁴ Vide tópico 2.5.5, retro, p. 56.

3.5.4. Estado de Necessidade

O estado de necessidade é também causa de exclusão de responsabilidade,¹⁹⁵ pois traduz situação em que prevalece interesse geral sobre o pessoal e até mesmo individual – princípio da supremacia do interesse público, caracterizado pela prevalência da necessidade pública sobre o interesse particular. Ocorre quando há situações de perigo iminente, não provocadas pelo agente, tais como as guerras e grandes comoções sociais, em que se faz necessário um sacrifício do interesse particular em favor do Poder Público, que poderá investir diretamente sobre a esfera juridicamente protegida do particular.

Neste sentido consideramos oportuno o confronto com a lição de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, que reproduzimos a seguir:

É importante esclarecer que o problema da responsabilidade do Estado não pode nem deve ser confundido com a obrigação, a cargo do Poder Público, de indenizar os particulares naqueles casos em que a ordem jurídica lhe confere o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, *sacrificando* certos interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial.

[...]

Com efeito: a ordem jurídica pode prever e prevê o eventual contraste entre dois interesses, ambos valiosos e ambos merecedores de tutela e proteção. Prevê igualmente a solução nestes casos.

Se um interesse público não pode ser satisfeito sem o sacrifício de um interesse privado, também tutelado, a solução normativa ditará a preponderância do primeiro, nos casos em que deva prevalecer, sem, contudo, ignorar ou menoscabar a proteção do interesse privado a ser atingido. Estabelece-se, então, um dever de indenizar àquele cujo direito foi sacrificado a fim de poder-se realizar outro interesse maior.¹⁹⁶

Nota-se que, da forma como é posto na doutrina, o estado de necessidade se configura como excludente da responsabilidade estatal, sendo que em verdade o sentido é outro, já que não se fala em responsabilidade estatal mas em sacrifício de direito, conforme o excerto apresentado.

¹⁹⁵ Cf. FREITAS, Maria Helena D'Arbo Alves de. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos*, p. 47.

¹⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 948.

4. A RESPONSABILIDADE ESTATAL POR ATOS JURISDICIONAIS

Explanar-se-á neste tópico, com base nos fundamentos e nas conclusões inferidas até aqui, sobre a possibilidade de responsabilização patrimonial do Estado em face de danos (patrimoniais e morais) que exsurjam dos atos jurisdicionais emanados de seus órgãos judiciários.

Em linhas gerais, a proposta é de identificar, nos atos jurisdicionais, em quais casos nascerá o dever indenizatório estatal, sua base científica e normativa de responsabilização, analisar e, por fim, refutar as teorias que têm amparado a irresponsabilidade pelos atos jurisdicionais.

Sabe-se, entretanto, da impossibilidade de exaurimento do tema, o que também não é pretensão desta pesquisa, tendo em vista o peso da controvérsia que paira sobre a matéria. Ao que se dispõe, portanto e tão somente, apresentar ponderações sobre o assunto, de forma coerente e lógica, para avivar o debate acerca do assunto e aclará-lo.

Em termos puramente lógicos, dentro do que já foi exposto e defendido até aqui, não deveria suscitar dúvida a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais¹⁹⁷, como decorrência da unicidade do Poder estatal e da submissão do Estado ao Direito, mas não é o que ocorre. O problema surge, como em todo tema jurídico, da sua susceptibilidade a diversos enfoques: histórico, filosófico, dogmático e sociológico, dentre outros. Conforme a perspectiva do observador e a complexidade do tema, notam-se diferentes nuances e estas vão temperando suas conclusões acerca do tema sob aquele foco. Normalmente é assim que se criam as controvérsias doutrinárias, com cada um dos contendores defendendo acirradamente uma posição, encastelados numa única perspectiva dentre as várias possíveis para o tema. Tendo isso em mente, procurar-se-á focar o problema,

¹⁹⁷ Reconhecemos aqui a orientação trazida por Juary C. Silva, sobre a utilização do adjetivo “jurisdicional” x o adjetivo “judiciário”, sendo este último qualificativo mais abrangente por ter em seu bojo incluídos todos os agentes vinculados ao Poder Judiciário, ainda que despidos de qualquer atribuição jurisdicional, como os Tabeliães, Notários, Oficiais de Registro e demais serventuários. Como nosso enfoque se dirige a caracterizar a responsabilidade do Estado pelos atos praticados pelos magistrados no exercício da jurisdição, cível ou penal (âmbito mais restrito, portanto), continuamos optando pelo adjetivo “jurisdicional” em nossa explanação.

sempre que possível, por mais de um ângulo, com vistas à construção de uma análise mais completa e multidisciplinar.

4.1. ATOS JUDICIAIS (JURISDICIONAIS E NÃO-JURISDICIONAIS)

Deve-se ter em mente que o *ato jurisdicional* é uma das espécies do gênero *ato judicial*. *Judicial*, portanto, não se confunde com *jurisdicional*, como à primeira vista poderia parecer aos menos atentos. De antemão, cabe frisar que não são somente os atos jurisdicionais (detentores de conteúdo decisório) os que potencialmente podem gerar direito à indenização.

Segundo prelecionado pelo art. 162 do CPC, vê-se quais são os atos emanados pelo magistrado:

Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§1º. Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

§2º. Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

§3º. São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito à lei não estabelece outra forma.

§4º. Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários.¹⁹⁸

Em um breve comentário ao artigo, filia-se ao ensinamento de FIGUEIRA JÚNIOR,¹⁹⁹ magistrado que critica a terminologia “ato”, pois a mesma nos incita a crer que a atividade do juiz limita-se a execução do contido nos parágrafos do artigo

¹⁹⁸ Esta condição de atos ordinatórios foi alçada e ampliada à escala constitucional com a EC 45/2004, que inseriu o inciso XIV ao art. 93, tendo referido inciso a seguinte redação: "XIV. os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório".

¹⁹⁹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-Juiz*, p. 46.

em comento. Segundo o magistrado, o termo mais adequado seria "pronunciamento", já que o juiz intervém no processo de inúmeras maneiras além das elencadas, como, v.g., quando realiza inspeções judiciais (art. 440, CPC) ou apresenta às partes os pontos controvertidos da demanda, sobre os quais incidirá a prova (arts. 125, IV; 331; e 448, CPC).

Tornando ao tema, para mover a estrutura judiciária, mister se faz a execução de duas espécies de atos jurídicos (jurisdicionais e não-jurisdicionais). De início, vislumbra-se que os atos judiciais cindem-se em jurisdicionais e não-jurisdicionais, sendo ambos espécies do gênero ato judicial, que, por sua vez, não deixa de integrar os atos jurídicos.

Os atos não-jurisdicionais são aqueles de natureza materialmente administrativa, assim entendidos os atos de gestão do Poder Judiciário (nomeação de funcionários, concessão de licenças) e os atos ordinatórios do procedimento processual (despachos). Estes últimos são editados pelo juiz na forma de administrador do processo, equiparando-se aos atos dos outros agentes públicos, já que apenas dirige o processo em seu curso e nada julga em relação ao litígio das partes que vão à juízo, tendo em vista que nem toda atividade desenvolvida pelo Judiciário se qualifica como jurisdicional. Cabe aqui a observação de que a atividade do magistrado, ao produzir atos de natureza administrativa, é perfeitamente assimilável à de qualquer outro agente administrativo, a quem se pede uma manifestação e não que decida acerca de um litígio. Deste modo, o mesmo tratamento dado aos atos administrativos próprios (do Poder Executivo), deve ser dispensado aos atos judiciais de natureza administrativa.²⁰⁰

A seu turno, os atos jurisdicionais seriam aqueles nos quais as manifestações do magistrado (no curso de um processo), implicariam em decisões, que detenham conteúdo deliberativo. Por conseguinte, a caracterização de tais atos se dá em razão da matéria que se encerra no ato (*ex ratione materiae*) e não em razão da pessoa que o pratica (*ex ratione personae*), já que o mesmo magistrado praticará ambos.

²⁰⁰ Neste sentido ver: DERGINT, Augusto do Amaral, *op. cit.*, p. 107 e PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 139.

Tanto os atos jurisdicionais quanto os não-jurisdicionais ensejam ao Estado responsabilidade civil. Todavia, em face dos atos não-jurisdicionais não há que se suscitar questionamentos. Assim porque já estão estes equiparados aos atos administrativos comuns, sobre os quais não paira controvérsia alguma quanto à responsabilização do Estado.

Nesta mesma linha encontra-se o escólio de Hely Lopes MEIRELLES: "Quanto aos atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário se equiparam aos demais atos da Administração, e, se lesivos, empenham a responsabilidade objetiva da Fazenda Pública"²⁰¹.

Já quanto aos atos jurisdicionais, o próprio poder judiciário reluta em admitir a responsabilidade do Estado e até do próprio magistrado em ressarcir os prejuízos causados, enumerando várias justificativas, as quais serão refutadas em momento oportuno.

No atinente à jurisdição voluntária, a doutrina – em sua maioria – rejeita a idéia desta ser portadora de natureza jurisdicional. Atesta pois, que na jurisdição graciosa não estão presentes os atributos para a configuração de um ato jurisdicional, como, v. g., a lide e a aplicação do direito material (pois aqui se constituem situações jurídicas novas).

Para Cândido Rangel DINAMARCO, a jurisdição voluntária não passa de "administração pública de interesses privados".²⁰² Assim, sem destoar com a doutrina predominante, Vicente GRECO FILHO afirma que a jurisdição voluntária não é considerada como verdadeira jurisdição, sendo uma atividade que se aproxima mais da atividade administrativa. Em seus ensinamentos ela é vista como "a fiscalização do interesse público nos negócios jurídicos privados".²⁰³

Como já exposto anteriormente, os atos não-jurisdicionais, nos quais se enquadram os emanados em jurisdição voluntária ou graciosa, ensejam em responsabilidade civil do Estado da mesma maneira que os atos administrativos originados pelo Poder Executivo, não constituindo, portanto, objeto desta pesquisa.

²⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 659.

²⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual civil*, v. 1, p. 339-343.

²⁰³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*, v. 1, pág. 39.

Diante do que foi expandido até aqui, delimitado está o objeto deste trabalho, que é a responsabilidade civil do Estado em face dos atos jurisdicionais que profere, matéria que passaremos a abordar minudentemente a partir deste ponto.

4.2. BASE NORMATIVO-PRINCIPIOLÓGICA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS

A responsabilização estatal, conforme já expandido anteriormente em outras passagens, é albergada, na condição de princípio constitucional e administrativo, na dicção legal do § 6º do art. 37 da nossa Carta Magna, que estabelece:

Art. 37. [*omissis*]

[...]

§ 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 danos a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Este preceito impõe a responsabilidade objetiva ao Estado, sob a modalidade do risco administrativo, que também absorve os atos jurisdicionais eivados de vício ou erro. Utiliza redação muito coerente ao utilizar o vocábulo *agente*, que acolhe de forma genérica todo aquele que presta serviço ao Estado. Conforme preleciona Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, de imediato, uma das conclusões que a dicção deste preceito nos autoriza é a de que a responsabilidade estatal aplica-se indistintamente a todas as funções públicas, não ficando restrita apenas aos danos originários de atos administrativos.²⁰⁴ Neste sentido também é a conclusão de Aparecido Hernani FERREIRA, ao ponderar sobre o caráter de “norma aberta” conferido ao dispositivo em comento pelo legislador constituinte.²⁰⁵

²⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 116-117.

²⁰⁵ FERREIRA, Aparecido Hernani. *Responsabilidade do Estado...*, p. 100-101.

No âmbito da atividade judiciária, diariamente, teremos a intervenção estatal, através da atuação dos magistrados, em uma imensa quantidade de relações jurídicas mediadas pelo processo, de onde exsurge uma grande possibilidade de ocorrências de lesão a direitos ou interesses, causados pela atividade jurisdicional. Saliente-se que sempre alguma das partes, no processo, terá em algum momento decisão desfavorável e isso não pode ser tomado como lesão. É cediço que o escopo da jurisdição (paz social) só é atingido quando se traz o equilíbrio para a relação das partes e, para isso, os pratos da balança se movimentam nos dois sentidos, ora para cima, ora para baixo.

Sendo o serviço judiciário um serviço público, cabe ao Estado reparar os danos advindos dos atos jurisdicionais emanados pelos magistrados sempre que estes causarem danos ao cidadão ou estejam eivados de erro ou vício.

Desta maneira, observa-se que o juiz (agente público), ao prestar a tutela jurisdicional, age em nome do Estado. Se nesta atividade causar dano ao jurisdicionado ou proferir atos viciados ou errôneos (lesando quem quer que seja), sua conduta obriga o Estado a reparar as lesões advindas, de forma a não restar dano sem reparação, sendo oportunizada a ação regressiva ao Estado nos casos em que ficar evidenciada a culpa do magistrado, consoante o preceito constitucional.

Frise-se que a redação do art. 43 do nosso atual Código Civil²⁰⁶ detém o mesmo comando do mandamento constitucional sob comento, excetuando-se a menção às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, da mesma forma do que já era previsto no art. 15 do Código Civil de 1916, com uma redação menos científica.

Outro dispositivo do corpo constitucional salvaguarda a reparação por ato jurisdicional que venha a causar dano. É o inciso LXXV do artigo 5º (CF), cujo texto assim dispõe:

²⁰⁶ CC/2002: 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.

Art. 5º. [omissis]

[...]

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

Ao objeto desta pesquisa só interessa a primeira parte do inciso transcrito, já que a segunda parte seria responsabilidade aquiliana estatal por omissão, e não propriamente por ato jurisdicional.

Desta forma, consagrada está a responsabilidade do Estado pelo erro judiciário, aqui tanto o civil quanto o penal. Este inciso é uma apresentação peculiar da responsabilidade objetiva comportada pelo § 6º do art. 37 da nossa Carta Magna.

O art. 630 do Código de Processo Penal também dá supedâneo à indenização por ato jurisdicional que cause dano suscetível de reparação, ainda que propicie um expediente bastante limitado para a obtenção do ressarcimento. Neste dispositivo está albergado o instituto da revisão criminal. Sua redação assim dispõe:

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 preceder 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.

Trata-se da indenização por erro judiciário penal, já citada anteriormente (art. 5º, LXXV, CF). A revisão criminal pode ser utilizada a qualquer tempo, até mesmo após a morte do lesado (art. 623, CPP) para perseguir a devida reparação. Em virtude do processo penal versar exclusivamente sobre direitos indisponíveis, não existe a figura da *coisa soberanamente julgada*²⁰⁷.

²⁰⁷ Coisa soberanamente julgada é tida como a decisão em que não cabe mais ação rescisória, seja pelo decurso do prazo para o seu aforamento ou pela sua improcedência.

Assim, observando o dispositivo, inferimos que o lesado deve interpor revisão criminal, e nela requerer a indenização pelo erro a que foi sujeitado, já que fica claro que o Tribunal não pode agir *ex officio*. O § 2º desse artigo merece ser melhor elucidado. Em sua alínea a), enumera o princípio geral do direito por meio do qual ninguém deve ser beneficiado pela própria torpeza, afastando a indenização pelo dano se o lesado for o responsável pela situação lesiva que o vitimou.

Quanto à alínea b), o comentário que se tece é sobre a sua evidente inconstitucionalidade, pois afronta flagrantemente o dispositivo constitucional que dá supedâneo a este artigo (art. 5º, LXXV, CF). Tal ocorre, pois, indiferente do erro ser proveniente de ação penal privada, a sentença que o contém não deixa de ser ato jurisdicional do Estado, dotada de toda força coativa que lhe é peculiar. Também se dá em face da literalidade do comando constitucional, que não autoriza diferenciação entre os tipos de processos criminais em que tenha ocorrido a falha jurisdicional, para fins de responsabilização. Assim, perfilhamos do entendimento de Yussef Said CAHALI, que atribui a responsabilidade subsidiária ao querelante, caso este induza o judiciário ao erro.²⁰⁸

A indenização, se requerida na revisão criminal, deverá ser a mais completa possível, compreendendo os danos morais e materiais. Caso não seja requerida na revisão criminal, nada obsta que o seja através de ação ordinária, pois o artigo 5º, inciso LXXV da Constituição não vincula a indenização àquela forma jurídica, donde se infere que ambas as vias podem dar sustentação ao pleito indenizatório.

Passa-se a analisar, a partir daqui, os dispositivos que enumeram as condições em que o magistrado, subsidiariamente, responderá pelos danos que causou, após a efetivação da indenização já ter sido concretizada pelo Estado.

Neste esteio, observemos a redação do art. 133 do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

²⁰⁸ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, p. 487-489.

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 nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

A seu turno, o art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMN),²⁰⁹ tem a seguinte redação:

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 da parte.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

Como se observa, notável é a ínfima diferenciação que guarda um dispositivo do outro. Razão esta que motiva o comentário dos dois preceitos em um único momento, já que detêm o mesmo conteúdo, alterando, tão-somente, o vocábulo juiz por magistrado, palavras sinônimas.

Esses artigos contemplam a responsabilidade pessoal do juiz (portanto indireta) por seus atos funcionais, aí incluídos os atos jurisdicionais. Em razão do disposto na Constituição Federal (art. 37, § 6º), o Estado é responsável objetivamente e diretamente, e somente nos casos previstos em lei (mais precisamente nos dispositivos ora sob comento) poderia o magistrado responder indiretamente, por via da ação regressiva.

Esse sistema, em tese, contempla o princípio da independência da magistratura no exercício de suas atribuições, já que, desta maneira, o magistrado "se sujeita somente à lei, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência",²¹⁰ evitando,

²⁰⁹ Lei Complementar Nº 35, de 14/03/1979 (redação atual dada pela LCP 37/1979).

²¹⁰ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*, p. 86.

desta maneira, que o juiz seja alvo indiscriminado de demandas ressarcitórias, advindas de partes litigantes vencidas e inconformadas.

Melhor homenagem não poderia receber tal princípio, já que somente responderia por danos que causasse o magistrado que, na atividade jurisdicional, agisse com dolo ou culpa grave. No mesmo sentido é a lição de Yussef Said CAHALI, ao afirmar que a responsabilidade do juiz é sempre subsidiária e restrita às hipóteses de dolo, fraude, culpa grave e inaptidão²¹¹.

Em uma breve análise dessas normas (já que ambas têm a mesma redação), observa-se que no inciso I estão presentes às transgressões intencionais do magistrado. Ocorre quando ele julga mal, não julga ou tumultua os autos por favor, ódio ou corrupção – sempre e irrestritamente no exercício de suas atribuições. Agir com dolo seria quando o juiz livre e consciente transgredir a lei, com o escopo de prejudicar a uma das partes no processo. Por fim, o termo fraude indica ato ilícito praticado pelo pretor, ilícito este que certamente terá em seu conteúdo o dolo.

O inciso II, por sua vez, prevê casos em que o juiz responderá pessoalmente quando, sem justo motivo, recusa, omite ou retarda providência a ser tomada. Interessa ao bojo deste trabalho somente a recusa injustificada, já que a omissão e o retardamento não se constituem como atos propriamente ditos, e sim como omissões, recaindo na *falta do serviço público* ou em *seu mau funcionamento*.

Têm-se tais artigos apenas como enumerativos, haja vista que não denotam todas as faltas que podem ser cometidas pelo magistrado, capazes o suficiente de responsabilizá-lo pessoalmente. Em conseqüência, tem-se que o juiz sempre será responsabilizado quando seus atos forem eivados de dolo ou culpa. Por corolário desta ilação, observa-se que mesmo quando o lesionado não faça uso do procedimento do parágrafo único de ambos os artigos sob comento, não estará elidida a responsabilidade do magistrado, haja vista que o dano já terá se concretizado, ensejando a reparação.

²¹¹ CAHALI, Yussef Said, *op. cit.*, p. 469-512.

4.3. ARGUMENTOS PRÓ-IRRESPONSABILIDADE ESTATAL: CRÍTICAS

Neste tópico serão expostos e analisados os argumentos utilizados na defesa da irresponsabilidade estatal em face dos atos jurisdicionais. Neste momento se dará também a refutação destas idéias, demonstrando de forma indeclinável que o Estado responde por todos os atos danosos indenizáveis dele emanados, inclusive os de natureza jurisdicional.

Consoante observou Odoné SERRANO JÚNIOR²¹², no exame dos argumentos pró-irresponsabilidade, claro queda pela sua insubsistência. Não passam de dogmas e mitos, pois não possuem explicação lógico-científica, além de suprimirem os anseios sociais e a própria idéia de justiça.

Não se pode conceber que, frente à responsabilização objetiva expressa na Carta Magna (no art. 37, § 6º, de maneira genérica; e no art. 5º, LXXV, de maneira específica, quanto ao erro judiciário), o próprio judiciário insista em defender a irresponsabilidade do Estado frente à sua atuação jurisdicional. Os atos de jurisdição são também atos estatais e, causando estes dano indenizável ao cidadão, devem ser imputados ao Estado. Frise-se, tempestivamente, que os litigantes que se submetem à jurisdição estão susceptíveis ao insucesso na demanda, mas não porque o Estado lhes estará prejudicando, e sim porque estará atendendo sua finalidade na prestação da atividade jurisdicional, que é a composição do conflito com vistas à manutenção da paz social.

4.3.1. Soberania do Poder Judiciário

Os defensores desta teoria alegam que a atividade jurisdicional é expressão da soberania do Estado e, por isso incontestável. Neste raciocínio, têm eles que o

²¹² SERRANO JÚNIOR, Odoné, *op. cit.*, p.120.

Poder Judiciário está em uma posição *supra legem*²¹³. Tal argumento mostra-se em total descompasso com o Estado Democrático de Direito. Este, embora soberano, nem por isso deixa de subordinar-se à lei, e ao fazê-lo, não abdica da sua soberania.

Em um paralelo histórico, voltaríamos aos tempos da irresponsabilidade estatal, que era norteado com máximas como a de que “o rei não pode errar”.

Cumprir observar que a soberania não é atributo de um ou outro poder (Legislativo, Executivo e Judiciário), e sim da pessoa jurídica Estado, de forma indivisível e inalienável.

Ademais, se aceito fosse tal argumento, teríamos a irresponsabilidade total do Estado e não somente pelos atos jurisdicionais, pois o regime de responsabilidade estatal deve ser um só. Como observa Augusto do Amaral DERGINT, a idéia de soberania não se contrapõe à de responsabilidade do Estado, que também se submete ao Direito²¹⁴.

Tem-se que a soberania legitima o poder-dever do Estado com o único escopo de beneficiar a coletividade. Das vontades e anseios desta coletividade que emana o ordenamento jurídico, que tem como finalidade regular a vida em sociedade. Desta maneira, conclui-se que a atividade jurisdicional não é absoluta, mas é margeada pela vontade popular, que se consubstancia neste ordenamento jurídico.

Nossa Constituição Federal preleciona um Estado Democrático de Direito, e, observando deste prisma, não se pode conceber que um serviço público – a atividade jurisdicional – seja imune a qualquer controle ou responsabilidade.

Destarte, solidez não é encontrada neste argumento, tendo em vista que a soberania é do Estado, e não de seus poderes individualmente (Legislativo, Executivo e Judiciário). Desta maneira, ao Poder Judiciário não pode ser reconhecida imunidade alguma no que concerne à responsabilização civil, já que a atividade dos outros poderes assim não se consubstancia. Reverencia-se, assim, o prescrito em nossa Constituição Federal, no § 6º do artigo 37, que prevê um regime único de responsabilidade estatal.

²¹³ Cf. DERGINT, Augusto do Amaral, *op. cit.*, p. 130.

²¹⁴ DERGINT, Augusto do Amaral, *op. cit.*, p. 130-134.

4.3.2. Ofensa à Coisa Julgada

Vale-se esta tese de que o reconhecimento da responsabilidade estatal por atos jurisdicionais ofenderia a coisa julgada, pois esta tem como finalidade tornar imutável a decisão, e, no caso de admitir a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, aceitar-se-ia que a decisão foi proferida em desacordo com a lei.

Não merece respeito tal assertiva pelos argumentos que mais à frente serão expendidos. De plano, cabe minuciar o instituto da coisa julgada. Tem a *res judicata* o escopo de manter a segurança jurídica, que se apresenta na estabilidade das decisões judiciais.

Classifica-se em coisa julgada formal e coisa julgada material. Coisa julgada formal vem a ser aquela que reveste a decisão que não mais passível é a recurso, adquirindo esta qualidade após o trânsito em julgado. Tem-se como coisa julgada formal a imutabilidade da decisão, dentro do próprio processo, logo após a decisão final do mesmo. Configura a preclusão máxima, já que resulta na extinção do processo.

A seu turno, coisa julgada material é aquela que torna imutável os efeitos da decisão final que extrapolaram o processo. São efeitos que impedem a imutabilidade da sentença no mesmo processo, ou em qualquer outro processo entre as partes, pois nenhum magistrado poderia julgar, ou as partes litigar, ou ainda o legislador dispor²¹⁵, no que circunda a relação jurídica que foi objeto da demanda revestida pela coisa julgada. A coisa julgada material tem como requisito essencial a existência da coisa julgada formal. Esta última pode existir sem a coisa julgada material, mas essa não tem concretude sem a primeira.

O questionamento que se faz é: porque revestir a decisão de eficácia sentencial declaratória (após seu trânsito em julgado) das características da imutabilidade? Observa-se que a resposta é simples: a *segurança jurídica*. Pois se mutável fosse o *decisum*, os litígios seriam perpétuos, já que obtendo tutela jurisdicional diversa a seu interesse, a parte iniciaria nova demanda, até que tivesse

²¹⁵ A Constituição Federal de 1988 protege a coisa julgada, dispondo em seu artigo 5º, inc. XXXVI que: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a **coisa julgada**". (grifou-se)

seus anseios atendidos. Outro motivo que se apresenta é o fato de que a sentença deve ser portadora de uma presunção de veracidade e justiça, já que para promover a paz social, se faz necessário tal binômio.

Apresentados tais esclarecimentos sobre a coisa julgada, passemos a refutar a argumentação sobre a irresponsabilidade estatal que tem por base a coisa julgada.

Inicialmente, nem todos os atos são acobertados pela coisa julgada material. Somente o serão os atos jurisdicionais terminativos de mérito, entendendo-se por estes as sentenças e acórdãos que julgarem a demanda em seu pedido. Quanto às decisões apenas terminativas, estas fariam apenas coisa julgada formal. Tem-se, desta forma, que mesmo que fosse admitido tal argumento, ele não afastaria totalmente a responsabilidade do Estado, cingindo-se somente aos casos de configuração da coisa julgada material.

Outro argumento utilizado pelos defensores é que a coisa julgada traz em seu bojo uma presunção de verdade, legalidade e justiça, no que se refere a lide. Mas, em análise mais acurada, concluímos que não passa de uma presunção relativa – *juris tantum*, já que admite prova contrária na ação rescisória (sentença cível) e na revisão criminal (sentença condenatória penal). Pondera José CRETELLA JÚNIOR que "... elevar a *res judicata* à categoria de muralha sacrossanta, absolutamente impenetrável, é admitir a infalibilidade do julgamento humano ou a intransigência obstinada e incompreensível, mesmo diante de erro manifesto".²¹⁶

Quanto à coisa julgada resguardar os erros judiciários, também não subsiste razão, pois, quanto aos erros cíveis, é possível a ação rescisória no prazo de dois anos (art. 495, CPC)²¹⁷, que se for procedente, anula todo o julgado. Nos erros penais é totalmente inaplicável, pois o processo penal não contempla a coisa soberanamente julgada, pelo exposto no art. 622 do CPP: "A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após".

²¹⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 99, p. 13-32, jan./mar. 1970.

²¹⁷ CPC: Art. 495 - O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Contudo, indiferente à configuração da coisa soberanamente julgada (na esfera cível, com o lapso de dois anos), subsistiria ainda a responsabilidade estatal pela indenização. Explica-se: a coisa julgada em nada prejudica a indenização. Assim o é pelo fato de que não se perfaz necessária a prévia rescisão da sentença para a apreciação da ação indenizatória. Ora, a lide é outra, diversa, autônoma e independente, cuja pretensão ainda não se viu apreciada pelo Poder Judiciário. Por esses motivos não há como conceber que seja possível a coisa julgada impedir o manejo da ação ressarcitória.

Observe-se ainda que o Estado não ocupou o pólo passivo ou o ativo da demanda anterior, na qual o serviço judiciário foi lesivo. Está, então, fora das fronteiras da coisa julgada, não sendo esta suficiente para obstar o reconhecimento da obrigação de indenizar do Estado.

Tergiversam ainda os defensores da presente tese que o meio idôneo para impedir a concretização da *res judicata* seria a utilização tempestiva dos recursos contidos em nosso ordenamento jurídico. Assim, após o trânsito em julgado da decisão, não caberia mais a imputação de responsabilidade ao Estado. Mas como já observado neste tópico, não resta dúvidas que tal argumento não retrata a justiça.

Deste modo, a responsabilidade do Estado não se opõe a coisa julgada, pois esta, apesar de sua imutabilidade e intangibilidade, não se contrapõe à ação indenizatória, que será totalmente diversa e autônoma da revestida pela *res judicata*.

4.3.3. *Independência do Magistrado*

Preleciona este argumento óbice à responsabilização estatal tendo por base o fato dos juízes serem independentes no exercício da judicatura. Neste entendimento, nunca julgariam os magistrados de maneira a gerar danos passíveis de indenização. Ledo engano.

A independência está estampada em nossa Constituição Federal de duas formas: Independência Política e Independência Jurídica.

A Independência Política é aquela que tem por escopo proteger o Poder Judiciário da interferência e influência dos demais Poderes, garantindo um autogoverno, e desta forma, a independência jurídica, que se compõe da auto-organização e da auto-regulamentação dos serviços judiciários, tendo previsão no art. 96 da CF. A idéia de independência política é totalmente indissociável da independência financeira, que por este motivo vem proclamado por nossa Carta Magna em seu art. 99.

Por sua vez, a Independência Jurídica é a que assegura a imparcialidade do magistrado, quando no exercício de suas funções. Assim, é imprescindível que não haja subordinação hierárquica no desempenho de suas atividades. Motivo esse que o torna portador de certas garantias contidas no art. 95 da CF (vitaliciedade, inamovabilidade e irredutibilidade de vencimentos), como também das vedações inclusas no parágrafo único deste mesmo dispositivo.

Como sabido, a independência do pretor é a sua maneira de interpretar o processo, valorar as provas e proferir a decisão. Sabe-se, outrossim, que o magistrado deve se abster apenas a lei, aos princípios do direito e a sua consciência, como valores para proferir suas decisões.

Nada impede a responsabilidade estatal, já que a mesma somente reforçaria a independência do magistrado, já que ela funcionaria como um escudo protetor do juiz. As demandas ressarcitória seriam direcionadas ao Estado, visto que melhor garantia da independência dos juízes não pode existir do que a responsabilidade ser do Estado. Sendo a responsabilidade do magistrado regressiva, somente responderia ele em caso de sua ação ser eivada de dolo ou culpa.

O dolo do juiz se configura quando ele, de maneira intencional, transgredir a lei para beneficiar a uma das partes, preterindo assim a outra. A culpa se caracteriza quando o pretor não cumprir dever funcional, julgando ou conduzindo o processo com desleixo, vindo a praticar erro indesculpável (*error in procedendo* ou *in judicando*), já que poderia tê-lo evitado se procedesse com a precaução devida.

Pelo explanado, observa-se que este argumento – se aceito fosse – teria efeito parcial, já que somente impediria a responsabilidade pessoal do magistrado,

mas não descaracterizaria a responsabilidade do Estado por ato de seu agente (o próprio juiz).

Por fim, atinge-se a ilação de que não existe nenhuma incongruência entre a responsabilidade estatal (por danos decorrentes da atividade jurisdicional) com a independência dos juízes. Outrossim, que a independência dos magistrados não é absoluta, vez que submissos à Constituição e aos textos legais, além do dever moral de exercer suas atribuições competentemente.

4.3.4. O Magistrado não é Servidor Público

Sob o argumento de que o juiz seria um órgão e não um funcionário público, os defensores desta tese pretendem irresponsabilizar o Estado por danos causados pela atividade jurisdicional. Veremos, entretanto, que não assiste razão a tal proposição.

O Poder Judiciário é um instrumento no organismo estatal, tendo como seus órgãos os Juizados e Tribunais que, para concretizar a missão jurisdicional atribuída constitucionalmente, atuam por meio de seus agentes na qualidade de Estado. Por esta ótica, o magistrado é, sem dúvida, um agente público e um servidor público.²¹⁸

Agente público porque, considerando a lição de Hely Lopes MEIRELLES, estes são "todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal".²¹⁹

Assim, tem-se por evidente que o juiz é agente público porque desempenha atividade privativa do Estado (a jurisdição). Como preceituado na Constituição Federal (art. 37, § 6º), basta a condição genérica de agente para que o Estado seja responsabilizado, condição esta plenamente preenchida pelo magistrado, sem dúvida.

²¹⁸ SERRANO JÚNIOR, Odoné, *op. cit.* p. 109.

²¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, *op. cit.*, p. 74.

São ainda os magistrados servidores públicos, de acordo com a definição elaborada por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos. Compreendem: 1. os **servidores estatutários**, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos;...²²⁰ (grifos no original)

Como os juízes são estatutários (tem seu vínculo com o Estado regido pela Lei Orgânica da Magistratura), ocupam cargos públicos preenchidos por concursos e são remunerados pelo erário, dúvida não resta que são servidores públicos da espécie servidores públicos.

Para corroborar o já exposto, suscitamos novamente os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

Algumas categorias se enquadrarão necessariamente como **servidores estatutários**, ocupantes de **cargos** e sob regime estatutário estabelecido por leis próprias: trata-se dos membros da Magistratura, do Ministério Público, do Tribunal de Contas, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública. Embora exerçam atribuições constitucionais, fazem-no mediante vínculo empregatício com o Estado, ocupam cargos públicos criados por lei e submetem-se a regime estatutário próprio estabelecido pelas respectivas leis orgânicas.²²¹ (grifos no original)

Não há como sustentar – de maneira racional – que o magistrado não é agente que compromete o Estado. Parafraseando Chiovenda, o juiz é o Estado administrando a Justiça. Sendo o juiz um servidor público, deve o mesmo ser submetido à regra constitucional do art. 37, § 6º, pois, a *contrario sensu*, estaria se cometendo uma grave ofensa ao princípio da isonomia entre os servidores públicos.

Ratifica este mesmo entendimento a posição da civilista Maria Helena DINIZ ao lecionar que:

²²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, p. 478.

²²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, p. 481.

O termo “agente”, empregado no art. 37, § 6º, da nova Constituição, **abrange todos os que agem em nome do Estado**. [...] E, com maior razão, também os juízes, como agentes do Estado para a função jurisdicional deste, que os coloca sob regime especial de garantias no interesse de tal função. Esse regime especial e a natureza específica de sua atividade não lhes tiram o caráter de funcionário, *lato sensu*.²²² (grifo nosso)

Por conseguinte, temos o magistrado como servidor público que, como já expandido, é espécie de agente público, o que o deixa compreendido na regra do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

4.3.5. O Jurisdicionado se Condiciona à Falibilidade dos Juízes

Não há que se questionar que o magistrado, como todo ser humano, é passível de erro. Isso é por todos sabido. Mas utilizar-se de argumento como este para afastar a responsabilidade estatal é atentar contra o Direito e a Justiça. Aceito tal argumento, estaria a se concordar que – ao assumir o cargo de juiz – aquela pessoa deixaria de ser humana, e por conseqüência, deixaria de falhar. Se seguido fosse este raciocínio, seria atingida, em análise extremada, a conclusão de que todos os demais indivíduos também seriam irresponsáveis pelos atos que cometessem, o que é um enorme absurdo.

Como bem pondera a doutrina, por esta via de raciocínio estaríamos totalmente à mercê das mais espúrias decisões judiciais que, entretanto, estariam albergadas sob o manto da pretensa falibilidade dos magistrados.²²³

Os atos dos juízes, como se percebe, são atos do próprio Estado e, quando evitados de erro, devem ser reparados pelo próprio Estado, até mesmo porque o serviço judiciário é imposto como única alternativa aos indivíduos – salvo raras exceções. Consoante o que já foi aduzido no argumento anterior, e que também se mostra aplicável a este, o não reconhecimento da responsabilidade do Estado no

²²² DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 7, p. 443-444.

²²³ Cf. DERGINT, Augusto do Amaral, *op. cit.*, p. 147.

caso de falha do magistrado seria uma grave afronta ao princípio da isonomia entre os agentes públicos. Curioso seria se um agente do executivo falhasse em suas atividades, causando danos, e não ensejasse a responsabilidade estatal.

Outrossim, argumenta-se que este risco do magistrado falhar é assumido pelo indivíduo que busca a tutela jurisdicional. Para justificar o raciocínio, explanam que o serviço jurisdicional é diferente dos demais serviços públicos, já que este atua somente após ser provocado (princípio da inércia jurisdicional). Como não há atuação voluntária, e os jurisdicionados devem procurá-lo, devem também assumir os *riscos aleatórios*²²⁴ a que se expuseram, já que poderiam ter composto o litígio de forma amistosa. Tal argumento é igualmente absurdo. A atividade jurisdicional não se resume a um mero jogo de dados, como em um cassino e os cidadãos não podem ficar abandonados à própria sorte.

De plano observa-se que este argumento, de maneira alguma, se adaptaria a esfera penal, já que o Ministério Público – órgão do Estado – é quem provoca a jurisdição. Em outra situação, tem-se o indivíduo que – na maioria das vezes – recorre à Justiça por não lhe restar mais alternativa. Quando o cidadão procura o Judiciário, ele procura Justiça. Que Justiça seria essa, já que o jurisdicionado é quem deve arcar com os riscos de eventuais erros judiciários? Nesse diapasão, seria melhor denegar a Justiça. Felizmente nossa Carta Maior veta tal atitude, estampando em seu corpo a regra do art. 5º, inc. XXXV.

Ao aprofundar mais o estudo, vislumbra-se uma terceira possibilidade, que faria valer este argumento somente para o autor, já que o réu integra o processo sob pena de revelia, ou seja, obrigado está a integrar a lide.

Se em um dado momento da história o Estado avocou a administração da justiça, assumiu o dever de mantê-la funcionando adequadamente. E, ainda sobre este argumento, não serão somente os jurisdicionados os lesados pelos erros dos magistrados, e sim toda a coletividade, pois este é o alvo da jurisdição (a pacificação social).

²²⁴ *Alea*: do latim, significa *sorte*.

4.3.6. *A Responsabilidade do Estado Somente Exsurge de Texto Legal*

Esta tese traz a irresponsabilidade estatal como regra e sua responsabilidade como exceção apenas determinável em lei. Conforme anota a doutrina,²²⁵ se baseou na idéia positivista emanada dos tribunais franceses no início do século XX (expressa no adágio *il n'y a pás de responsabilité sans texte* – não há responsabilidade sem texto), que há muito foi abandonada por força de suas próprias contradições lógicas: ora, se a responsabilidade deve ser prevista expressamente, a irresponsabilidade também o deve. Assim, tal argumento não subsiste ante a regra constitucional do art. 37, § 6º. Não há que se falar de necessidade expressa, a cada caso, de previsão legal, pois a responsabilidade do Estado deflui diretamente da Constituição, passando a ocupar posição de princípio na ordem jurídica, bastando, quando muito, uma interpretação sistemática do ordenamento para possibilitar sua aplicação prática, coisa que nossos magistrados encontram-se plenamente habituados em seu dia-a-dia.

4.3.7. *Reconhecer a Responsabilidade Estatal por Atos Jurisdicionais Seria um Enorme Fardo aos Cofres Públicos*

Este argumento, acima de tudo, reconhece a responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais, já que opera como uma confissão. Uma confissão pois já se vislumbraria que o Estado teria um grande dispêndio com o pagamento de possíveis reparações e compensações.

Sábias foram as palavras de ARDANT,²²⁶ ao dizer que não é possível a vinculação do princípio da Responsabilidade do Estado – previsto em nossa Carta Magna – a uma antevista importância indenizatória.

²²⁵ DERGINT, Augusto do Amaral, *op. cit.*, p. 154.

²²⁶ *Apud* SERRANO JÚNIOR, Odoné, *op. cit.*, p. 146.

O Estado é obrigado a responder pelos atos de seus agentes, e o argumento de que tal atitude seria muito onerosa não é razão que alije a sua responsabilidade. Ademais, nos casos em que for comprovado a culpa ou o dolo do agente público – aqui compreendido o magistrado, o Estado teria direito à ação regressiva, não impingindo somente ao erário as indenizações a que for obrigado a pagar.

4.4. ATIVIDADE JURISDICIONAL DANOSA

Impraticável seria particularizar todas as formas em que a atividade jurisdicional se configura como danosa, responsabilizando o Estado ao ressarcimento. A vida é muito rica de acasos, impossibilitando esta catalogação. Assim, intenta-se enunciar possíveis exemplificações, tendo por finalidade ilustrar tais possibilidades.

O erro judiciário, em face do disposto no artigo 5º, inc. LXXV, da CF, engloba tanto o erro penal quanto o erro civil. A definição de erro, em seu âmbito civil, é de que o erro é o estado da mente que, por defeito do conhecimento da verdadeira situação das coisas, impede uma real manifestação da vontade, e que se pode tornar anulável o negócio se for substancial e escusável.

Não se pode confundir o erro com a independência que o magistrado têm no exercício da judicatura. A independência é a forma do juiz interpretar os institutos, as normas, enfim, o Direito. O erro, como acima exposto, é uma falsa idéia de algo, que leva a uma inexata mensuração da situação.

O erro judiciário divide-se em *lato sensu* e *stricto sensu*. O erro judiciário *lato sensu* seria toda modalidade não prevista na legislação, como, por exemplo, o mau funcionamento ou a falha do aparelhamento judiciário. Este não seria identificado por atos do juiz, e sim por inércia, negligência ou desordem na manutenção e funcionamento dos serviços judiciais em geral. Esta modalidade de erro não se enquadra nos atos jurisdicionais, já que não são oriundos do magistrado, sendo assim objeto diverso daquele que aqui enfocamos.

Por sua vez, o erro judiciário *stricto sensu* estaria enquadrado nas figuras do art. 133, do CPC (e sua cópia, o art. 49, da LOMN) e do art. 630, do CPP. Estes artigos enumeram situações diretamente ligadas às ações do juiz, sendo, desta maneira, pertinentes ao estudo.

Como já expandido, a análise deste erro em muito se aproxima da questão da independência dos julgadores pois, ao responsabilizarmos estes nos casos de dolo, fraude e culpa grave em sua atividade, comprometeríamos o sistema jurisdicional como um todo, já que, temerários por rechaças, os magistrados não fariam a máquina judiciária trabalhar e a própria evolução do Direito seria afetada. Mas, como já observado, o Estado seria responsabilizado diretamente, oferecendo esta defesa ao magistrado em ações fundadas no espírito de emulação e no descontentamento por uma decisão contrária a seus interesses.

É na ação indenizatória proposta contra o Estado que seria averiguada a presença deste erro, corporificado pela ação do magistrado eivada de dolo, fraude ou culpa grave. Como já salientado, não será uma interpretação divergente da norma ou das provas que caracterizará o erro. Cabe lembrar também que, quando agir sem dolo ou culpa grave – configurando somente um erro técnico, somente o Estado responderá pela indenização do dano.

Todavia, o erro judiciário só será concretizado após o esgotamento de todas as vias possíveis de reversão do mesmo, como, v.g., a utilização de recursos ou até de ações autônomas.

Intenta-se, neste momento, particularizar situações passíveis a indenização por se concretizarem a atuação jurisdicional danosa.

Exemplo desta atuação jurisdicional seria a prisão cautelar de pessoa inocente. Ela se concretizaria na prisão preventiva e na prisão resultante de pronúncia, pois são as únicas prisões cautelares que emanam do magistrado.

A prisão preventiva vem prevista no artigo 311 e seguintes do Código de Processo Penal. Sua natureza é acautelatória, por isso pode ser decretada a qualquer momento – tanto no inquérito policial quanto na ação penal – pelo magistrado, em casos que imprescindível seja garantir a ordem pública; para o andamento da instrução criminal; ou para certificar que a legislação penal será

aplicada. Também existe o caso de garantia a ordem econômica, prevista na lei antitruste (Lei 8.884/84). Para sua decretação, além de algum dos elementos retro citados, exige-se, ainda, a materialidade do crime e indícios bastantes da autoria.

Consoante o art. 313 do CPP, além dos requisitos já elencados, necessário se faz, ainda, que o delito seja punido com reclusão.

Deste modo, se não cumprir os requisitos objetivos prescritos em lei, tal prisão não pode ser procedida, pois o magistrado teria, sobremaneira, avançado à suas atribuições. Mas em nosso dia a dia, o que mais vemos é os magistrados alicerçando a decretação de tal prisão na garantia à ordem pública, por ser um elemento bastante genérico, abrangendo muitas situações. Todavia, revogada tal prisão – após a ocorrência da mesma – pelo Tribunal competente, julgada improcedente a demanda ou até no caso do próprio magistrado revogar sua decretação, caracterizada estaria a responsabilidade estatal e, subsidiariamente, a do magistrado, não obstante o respeito a independência dos juízes. Neste caso não existiria desrespeito a independência dos magistrados pois o dano pela atividade jurisdicional ocorreu – a prisão – e não deve o mesmo quedar sem a devida indenização.

A previsão da prisão decorrente da pronúncia consta nos art. 282 e 408, § 1º, ambos do CPP. Ocorrerá o dano, nesta prisão, se o réu for beneficiário, por lei, de liberdade provisória. Terá ele direito a esta liberdade provisória se for réu primário e dono de bons antecedentes. Terá direito, ainda, se o crime for afiançável, e arbitrada a fiança pelo juiz na sentença, liberto estará ele se a prestar.

Por ser apenas um procedimento preparatório ao Tribunal do Júri, este procedimento que pronuncia o réu não necessita de certeza sobre a autoria do fato, por aí ter vigência o princípio do *in dubio pro societatis*.

Outros exemplos de possíveis atividades deletérias advindas da jurisdição se encontram na concessão de liminar e/ou tutela antecipatória, já que ambas se perfazem em ato vinculado e não discricionário do magistrado.

Para a concessão de liminar, necessário se perfaz a presença de dois requisitos: o *fumus boni iuris*, i.é, a probabilidade do autor sair-se vencedor ao final da demanda; e o *periculum in mora*, que é o perigo da demora na prestação

jurisdicional, que pode, ao fim da ação, tornar inviável os efeitos da sentença. No caso da tutela antecipada, necessária é a presença do *periculum in mora* e da verossimilhança dos fatos alegados, que se perfaz em uma quase certeza acerca do fato e do direito apresentados na lide.

Destarte, presentes os requisitos, o juiz obrigado está à concessão desta liminar ou tutela antecipada. Caso não a conceda, será caso gritante de denegação de justiça, que terá como supedâneo a teoria da falta do serviço público, mas advindo de ato denegatório do magistrado.

Ao revés do acima ventilado, em caso que não for cabível a liminar ou tutela, e esta for concedida, deve-se avaliar as razões que levaram o magistrado à concessão – averiguando o dolo ou a culpa, e se desta conduta exsurgir dano a alguém, a responsabilidade será do Estado, mas regressivamente do magistrado se este incorreu em dolo ou culpa grave.

Desta mesma maneira, desaparecendo os pressupostos para a concessão e manutenção desta liminar, deve o juiz revogá-la, pois se assim não o fizer e desta omissão resultar danos à parte, deve esta pleitear indenização ao Estado. Entretanto, neste caso em específico será dano originado da omissão do magistrado, por não haver proferido ato jurisdicional, que foge do tema deste trabalho.

A responsabilidade do magistrado pode se dar de duas maneiras, nesta situação de concessão de liminar ou de tutela antecipatória. A primeira delas quando o juiz conceder a liminar ou a tutela, mas o fazer com dolo ou fraude. Situação esta de bastante dificuldade na identificação. A segunda hipótese, um pouco mais fácil de se concretizar, ocorre quando presentes os pressupostos para a concessão da liminar, e o juiz a indefere. Sobremodo, impossível esta ação do juiz, havendo denegação de justiça.

No que concerne à responsabilidade do requerente de liminar, tanto em cautelar como em tutela antecipada, segundo o disposto no artigo 811 do CPC²²⁷, a

²²⁷ Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I – se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

responsabilidade seria de quem pleitear a cautelar. Discordamos deste entendimento, o que é defendido também por grande parcela dos mais eminentes processualistas. Explica-se: quem decide sobre a concessão ou não da tutela é o juiz, analisando a presença dos pressupostos pertinentes a cada liminar ou tutela. Como ele é agente estatal, responsabiliza objetivamente e diretamente o Estado pelos danos daí advindos. Mas, comprovada a manipulação pela parte, com o fito de ludibriar o julgamento do magistrado, responderá regressivamente ao Estado os danos que este indenizou, como ocorre no caso da ação penal privada na revisão criminal.

Como dito anteriormente, nem de longe se objetivava demonstrar todas as possibilidades em que os atos do magistrado responsabilizariam ao Estado indenizar. A vida é muito rica em acasos e eventos, o que torna inexequível tal mister. Mas, a toda sorte, e de maneira genérica, quedaram demonstradas as possibilidades mais latentes de responsabilização estatal.

4.5. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS ACERCA DO TEMA

Nosso Guardião Constitucional, o Supremo Tribunal Federal, muito pouco tem se manifestado sobre o tema. Acredita-se que, por imperar a teoria da irresponsabilidade pelos atos jurisdicionais, poucas têm sido as demandas propostas versando sobre a matéria que chegam até o STF.

E, provavelmente no escopo de minimizar pleitos dessa natureza, o Pretório Excelso assentou sua jurisprudência no sentido de que o Estado não é

II – se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em cinco (5) dias;

III – se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808 deste Código;

IV – se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

§ único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

patrimonialmente responsável por atos jurisdicionais danosos, limitando-se a invocar o repisado argumento de que não existe disposição legal específica para tanto.

Seguem os julgados emanados pelo STF sobre a questão versada, já no período posterior à promulgação da Constituição de 1988:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37, § 6º. I. - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. - Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário, C.F., 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 – 2ª Turma - RE 429518 AgR / SC – 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 os casos expressamente declarados em lei. Orientação assentada na Jurisprudência do STF. Recurso conhecido e provido. (STF – 1ª Turma - RE 219117 / PR – Rel. Min. ILMAR GALVÃO - DJ 29.10.1999 p. 20).

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ATO DO PODER JUDICIARIO. A orientação que veio a predominar nesta Corte, em face das Constituições anteriores a de 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 – 1ª Turma - RE 111609 / AM – Rel. Min. MOREIRA ALVES - DJ 19.03.1993 p. 4281).

Com a devida vênia ao entendimento do STF, e consoante a refutação anteriormente empreendida a esse argumento, que dá sustentáculo às decisões transcritas, existe sim expressa determinação legal que responsabiliza o Estado por

todo e qualquer ato de agente público que venha a proporcionar lesão. Trata-se, conforme já exposto, do § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

A responsabilidade estatal é princípio em nosso ordenamento. Para afastar a responsabilidade do Poder Judiciário proveniente de lesões que este possa perpetrar no curso de sua atividade precípua de dizer o direito, deveria a lei, de maneira expressa, excepcionar tal situação. A exceção, desta feita, não deveria ser para o reconhecimento da responsabilidade e conseqüente reparação (como entende o STF), e sim para a sua isenção.

Observe-se ainda que, no julgado de lavra do Min. Moreira Alves, no ano de 1993, foi invocado entendimento de julgados anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988 para fundamentá-lo. Com clareza meridiana, o próprio STF, ao beber de sua jurisprudência para alicerçar as decisões mais recentes, incorre em desrespeito à Carta de 1988. Assim o é pelo fato de existir – como exaustivamente prelecionado – preceito constitucional que alberga expressamente a responsabilização estatal por atos de seus agentes (§ 6º do art. 37), não existindo assim motivação para a refutação assentada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES

Ao concluir este estudo, em função da complexidade e da relevância da problemática apresentada, várias são as observações que devem ser feitas. A primeira é a de que se deve intensificar cada vez mais a idéia de que o Estado, amplamente considerado, ao prover serviços públicos, em especial os indispensáveis, é responsável por atos comissivos e omissivos de seus agentes se deles sobrevêm danos indenizáveis ao administrado, eclodindo o inafastável dever de repará-los, aí incluídos os danos decorrentes da atividade jurisdicional.

Como ponto nuclear, deve-se ressaltar que o ato jurisdicional, externado através da conduta do magistrado, seja ela comissiva ou omissiva é, quando danoso, fato gerador da responsabilização estatal, pois a *contrario sensu*, teríamos uma afronta intolerável ao Estado Democrático de Direito e ao ordenamento jurídico, tal como posto hoje. Mostra-se, portanto, insustentável a imunidade do Estado-juiz frente à sua atuação lesiva, como inexplicavelmente ainda ocorre em nossa realidade forense.

Tal constatação decorre do fato de que o magistrado, ainda que órgão independente e soberano, é, concomitantemente, um agente e um servidor público, conceito que, dentro das posições solidificadas pelas doutrinas administrativa e constitucional, afasta qualquer outra consideração que se possa fazer para intentar a descaracterização deste fato. Se assim não o fosse, certamente o preceito da isonomia, erigido em nossa Carta Magna com o *status* de princípio, seria gravemente ferido, já que a igualdade não estaria sendo velada se o ato do magistrado, como agente do Estado que é, não fosse responsabilizado como qualquer dos outros agentes.

Corroborar esta análise o argumento de que, se a atividade judiciária é considerada serviço público, o Estado não pode ficar imune aos danos derivados do ato jurisdicional. Esse perfil do Estado foi analisado minudentemente desde a doutrina e jurisprudência mais remota até o entendimento doutrinário atual, que admite a indenização por esses danos, com fundamento na regra do art. 37, § 6º da

Constituição Federal, quer sejam praticados por seus agentes, quer decorram de falha (anônima) do serviço judiciário.

Cuidou-se de combater os argumentos que preconizam a irresponsabilidade do Estado. Com efeito, é insustentável o raciocínio de que o exercício da atividade jurisdicional é uma manifestação da soberania do Poder Judiciário, quando na verdade é um atributo do Estado, e desta forma não pode servir de óbice à sua responsabilização patrimonial.

Inconcebível é a coisa julgada como obstáculo à responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, haja vista que pode ser desconstituída através de ação rescisória ou revisão criminal. Não constitui um valor absoluto, não interessando a conservação de uma decisão danosa, cuja superação é necessária para o reconhecimento da reparação. Ora, a ação indenizatória tem por escopo comprovar o ato jurisdicional defeituoso e a relação causal deste com o dano, de modo a ensejar a indenização, sem vincular as mesmas partes e nem desfazer a decisão, o que é possível até mesmo quando a rescisória estiver prescrita.

Outros argumentos menos densos foram examinados e igualmente rechaçados, por serem desconsiderados como obstáculos importantes à responsabilidade estatal, tais como a independência funcional da magistratura, a previsão de texto expresso e a falibilidade do juiz.

À luz dessas inferências, não existe, portanto, argumento que resista e justifique a irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. A consagração da responsabilidade do Estado a nível constitucional inclui, a toda evidência, os atos praticados pelo juiz, pois como agente público, realiza função estatal e atua em nome do Estado.

Importante frisar, ademais, que a responsabilidade do Estado é objetiva, escorada na teoria do risco administrativo, impondo o dever de indenizar o dano quando o fato decorra de ato lesivo e injusto. Comporta, ainda, a responsabilidade subjetiva do Estado, baseada na falta do serviço público, quando funciona mal, não funciona ou funciona tardiamente.

Refuta-se aqui, veementemente, a idéia de que, se nos danos decorrentes de conduta estatal omissiva o Estado for chamado a responder objetivamente, este

estará sendo erigido à condição de segurador universal. Em todos os casos em que o Estado é chamado a ressarcir prejuízos decorrentes de conduta omissiva, bem assim nas comissivas, poderá ele defender-se demonstrando a presença de quaisquer das circunstâncias capazes de excluir sua responsabilidade. Poderá, ainda, demonstrar que o dano não é especial, nem anormal, ou que não tinha o dever de agir. Este largo espectro de defesas leva à conclusão de que mesmo que se aplique a responsabilidade objetiva, o Estado não estará sendo erigido à condição de segurador universal. Antes o que se releva é a socialização do dano.

Os danos provenientes da atividade jurisdicional, que podem gerar a responsabilidade do estado, não são apenas patrimoniais, mas também morais, isto é, os que atingem a personalidade, a honra e a integridade psíquica do lesado, e igualmente podem e devem ser indenizados. Fundamental para caracterizar a responsabilidade estatal e, conseqüentemente obter o ressarcimento é o estabelecimento do nexos de causalidade entre o comportamento (ação ou omissão) do agente público e o evento danoso, exceto quando se tratar de falta anônima do serviço, ante a impossibilidade de se identificar o agente causador do dano, hipótese em que fica empenhada unicamente a responsabilidade do Estado, garantindo ao prejudicado a reparação pelo prejuízo sofrido injustamente.

Na incursão feita ao erro judiciário, constata-se que a responsabilidade emana tanto do erro judiciário penal como do erro judiciário civil, a merecer solução isonômica porque o art. 5º, LXXV, da Constituição Federal não distingue entre um e outro. Nem mesmo as diferenças entre jurisdição penal e jurisdição civil servem para embasar a exclusão da responsabilidade, atendendo ao fato de que o juiz sempre atua em nome do Estado. Afastou-se a dúvida quanto à ressalva do erro derivado de ação penal privada e da prisão provisória indevida. A indenização pela condenação iníqua promana imperativamente da Constituição, sem necessidade de revisão criminal, que rompeu a restrição contida na lei processual penal, anteriormente exigida e agora refutada pelo art. 5º, LXXV do texto constitucional. O erro judiciário civil segue a esteira do erro judiciário penal no sentido de que é prescindível a rescisão do julgado, considerando que a coisa julgada não é empecilho para propor a ação indenizatória em face do Estado.

A tutela jurisdicional tardia, de igual modo, torna o Estado responsável pelos danos eventualmente causados. Em que pesem os vários motivos da demora da prestação jurisdicional, tenha havido ou não dolo ou culpa do juiz, caracteriza uma incorreta prestação do serviço judiciário que, como todo serviço público que apresenta falhas, ao funcionar tardiamente agride o princípio da eficiência administrativa e ao preceito constitucional da razoável duração do processo, conduzindo à responsabilidade do Estado com suporte na teoria do acidente administrativo ou *faute du service*.

Igual responsabilidade decorre em razão de denegação da justiça, quando o Estado deixa de aparelhar os serviços judiciários, ou se omite em garantir especificamente a tutela jurisdicional aos cidadãos. Por essa negligência exsurge a obrigatoriedade de indenizar, fundada igualmente na tese do acidente administrativo, face à má organização, funcionamento defeituoso ou intempestivo do serviço público prestado.

Todos os magistrados, em sentido amplo (juiz, desembargador, ministro) atuam em nome do Estado e em função típica deste. Quando no exercício da atividade jurisdicional podem ser pessoalmente responsabilizados pelos danos causados, nas hipóteses elencadas no art. 133 do Código de Processo Civil. Esta responsabilização pessoal *não exclui a responsabilização direta do ente estatal*, que é objetiva, em obediência ao preceito constitucional e, por isso, mais favorável à vítima de um eventual dano.

Em relação a órgão colegiado, é plenamente aceitável que seus integrantes sejam responsáveis pela prática de atos jurisdicionais danosos. Quando imputável individualmente, o causador do ato poderá ser acionado diretamente pelo lesado, ou somente o Estado, quando então o autor será chamado à responsabilidade por via de regresso. Na hipótese de ser impossível identificar o autor do ato lesivo, o Estado suportará a reparação lastreada na culpa anônima do serviço público.

O Estado poderá ilidir a sua responsabilidade quando ocorrerem determinadas situações, que, na verdade, se refletem no rompimento do nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano. São as causas exonerativas de responsabilidade: força maior, caso fortuito, estado de necessidade e culpa

exclusiva da vítima ou de terceiro, que no entanto, mostram-se de alcance e aplicabilidade muito reduzidos no que toca à atividade jurisdicional.

Depreende-se, conforme foi verificado ao longo do trabalho, que no direito brasileiro é juridicamente viável a responsabilização do Estado por atos jurisdicionais danosos, seja consoante a regra geral inserta no art. 37, § 6º da Constituição Federal, seja considerando o princípio da isonomia com os atos dos demais agentes públicos.

Para alcançar esse patamar foi decisiva foi a evolução doutrinária, restando agora ultrapassar o conservadorismo da jurisprudência, cuja postura é injustificável diante do cenário ético-político atual, no que se conforma com a iniquidade e afronta o Estado Democrático de Direito, do qual é componente ínsito.

Em remate, de tudo o que foi estudado e atendendo à acentuada expansão da atividade judicial no modelo de Estado contemporâneo, que impõe ao judiciário um papel de concretizador dos direitos e garantias fundamentais através do *direito de acesso à Justiça*, podemos finalizar com duas derradeiras observações: uma de decepção em razão da falta de consciência do próprio Poder Judiciário em relação ao seu papel constitucional, que se expressa pela oposição ainda existente à responsabilização estatal por danos decorrentes de atos jurisdicionais. A segunda, de esperança, esperança de que num futuro muito próximo seja vencida a resistência dos Tribunais e torne-se definitivamente reconhecida a responsabilização do Estado frente aos danos causados pela atividade jurisdicional danosa, garantindo ao cidadão a tutela plena de seus direitos ao romper esta que é uma das últimas fronteiras da irresponsabilidade estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 24, n. 70, jul. 1997, p. 7-33.

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais**. São Paulo: RT, 1988.

ALMEIDA, Jorge Luiz. Reparação civil pelo manejo de liminares processuais. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (org.). **Temas atuais de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANNONI, Danielle. **A Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional**. São Paulo: RT, 1981.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da Justiça**. São Paulo: Copola, 1999.

ARRUDA FILHO, Ney. **A efetividade do processo como direito fundamental**. Porto Alegre: Norton, 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Prisão civil por dívida**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Curso & Concurso - Coordenação: Edílson Mougenot Bonfim).

_____. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. Responsabilidade civil da administração pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 293-336.

BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito Civil na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. São Paulo: RT, 1985.

_____. **Responsabilidade civil: teoria & prática**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**: nova edição. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UNB, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e dignidade: da responsabilidade civil para a responsabilidade constitucional. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Orgs.). **Questões controvertidas do Código Civil de 2002: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Método, 2006. (Série Grandes Temas de Direito Privado; v. 5). p. 557-582.

BRASIL. Constituição. **Constituições do Brasil**: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações. Índice: Ana Valderez A. N. de Alencar e Leyla Castello Branco Rangel. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986. Volume 1: textos.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 13. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Vade Mecum RT**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. Decreto n. 2.681, de 07 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/decreto/d2681_1912.htm> (Acesso em: 12 jun. 2008).

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. (Série Legislação Brasileira – Adendo Especial).

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Vade Mecum RT**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Lei Orgânica da Magistratura Nacional. **Vade Mecum RT**. São Paulo: RT, 2007.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Vade Mecum RT**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

BÜHRING, Márcia Andrea. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado**. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

CAMARGO, Luís Antonio de. **A responsabilidade civil do Estado e o erro judiciário**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 30-51.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **História dinâmica da responsabilidade civil**. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. **Responsabilidade civil no novo Código Civil: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. Campinas: ME Editora e Distribuidora, 2004.

CARLIN, Volnei Ivo. **Direito administrativo: doutrina, jurisprudência e direito comparado**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2005.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. **Pressupostos da responsabilidade civil: à Luz do Novo Código**. Leme: LED, 2005.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes**. São Paulo: Atlas, 2000.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: Borsói, 1957.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

CHAVES, Pablo Homes. Responsabilidade civil do Estado por erro na prestação jurisdicional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51. out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2114>> (Acesso em: 13 abr. 2007).

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte. Responsabilidade civil do Estado sob o enfoque do novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (org.). **Questões controvertidas do Código Civil de 2002: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Método, 2006. (Série Grandes Temas de Direito Privado; v. 5). p. 425-442.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COELHO, Márcio Xavier. **Fundamentos da responsabilidade civil estatal**. Brasília: OAB Editora, 2005.

CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. **Direito romano: a mancipatio, o nexum e a in iure cessio**. São Paulo: Saraiva, 1960.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 99, p. 13-32, jan./mar. 1970.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: RT, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. 4. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 2 v.

_____. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002 por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Responsabilidade civil em debate**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna**. São Paulo: Landy, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 21. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 7 (Responsabilidade civil).

FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FEDERIGHI, Wanderley José. **Responsabilidade civil do Estado nos tribunais**. São Paulo: LEUD, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aparecido Hernani. **Responsabilidade do Estado: reparação por dano moral e patrimonial**. Campinas: Servanda, 2006.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Responsabilidade civil do Estado-juiz: Estado e juízes constitucionalmente responsáveis**. Doutrina e jurisprudência. Curitiba: Juruá, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do Estado por atos legislativos**. Franca: UNESP-FHDSS, 2001.

FREITAS, Sérgio Henrique Zandona. Responsabilidade patrimonial do Estado. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.). **Curso prático de Direito Administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 205-356.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GAVAZZONI, Aluísio. **História do Direito: dos sumérios até a nossa era**. 2. ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

GIGENA, Julio I. Altamira. **Responsabilidad Del Estado**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1973.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil: parte especial – Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva: 2003, v. 11.

_____. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. **Direito Constitucional**. Tradução de Carlos Souza. 27. ed. Barueri: Manole, 2005.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito Administrativo e judiciário**. São Paulo: LEUD, 1998.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Reimp. Coimbra: Almedina, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 226-248.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

KICH, Bruno Canísio. **Responsabilidade civil: teoria, legislação e jurisprudência**. Campinas: Agá Júris, 1999.

KRAEMER, Eduardo. **A responsabilidade do Estado e do magistrado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. A responsabilidade civil do Estado pela prática de ato lícito. **Revista da Procuradoria-Geral da República**, São Paulo, n. 8, jan./jun. 1996, p. 34-40.

LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998.

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 101, 2006, p. 111-152.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Responsabilidade pública por atividade judiciária**. São Paulo: RT, 2005.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. 9. reimp. São Paulo: Brasiliense, 2003. (Coleção Primeiros Passos, v. 62).

MANDUCA, Paulo César. Responsabilidade civil e responsabilidade social: a construção da sociabilidade no Brasil de hoje e de amanhã. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (org.). **Temas atuais de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

_____. **O Direito Administrativo em evolução**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

MEIRA, Sílvio Augusto de Bastos. **Instituições de Direito Romano**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1971. 2 v.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 33. ed. atual. até a EC 53. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União "seguradora universal"? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=495>> (Acesso em: 23 jul. 2007).

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. **Limites da responsabilidade do Estado: teoria dos limites da responsabilidade extracontratual do Estado, na Constituição Federal Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Problemas da responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 37-69.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Responsabilidade civil**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 2. ed. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A responsabilidade extracontratual das concessionárias de serviços públicos. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 417-431.

MUNHOZ DA CUNHA, Alcides Alberto. Considerações sobre a responsabilidade civil do Estado por fatos de seus agentes. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano 23, n. 23, 1986, p. 105-127.

MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo sistematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. **Responsabilidade civil do Estado**. Rio de Janeiro: AIDE, 1995.

NUNES, Rômulo José Ferreira. **Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais**. São Paulo: LTR, 1999.

OLIVEIRA, Irineu de Souza. **Programa de Direito Romano**. 2. ed. Canoas: ULBRA, 1998.

OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PINTO, João Augusto Alves de Oliveira. **A responsabilidade civil do Estado-fornecedor de serviços ante o usuário-consumidor**. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1997.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de. **Vocabulário jurídico**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PORTO, Mário Moacyr. **Temas de responsabilidade civil**. São Paulo: RT, 1989.

QUIRINO, Arnaldo. **Prisão ilegal e responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Atlas, 1999.

RESPONSABILIDADE Civil do Poder Público. 2. ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2001. (Série Jurisprudência ADCOAS, n. 103).

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais**. São Paulo: LTR, 2002.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: _____ (Coord.). **Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 11-174.

RODRIGUES, Luís Barbosa. Da responsabilidade civil extracontratual da administração pública em cinco estados das comunidades europeias. In: QUADROS, Fausto de (Coord.). **Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1995.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 19. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. 2. ed. rev. São Paulo: RT, 2003.

RUSSELL, Bertrand. **O Poder: uma nova análise social**. Tradução: Brenno Silveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957.

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

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. (Série Fundamentos Jurídicos).

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, v. 8.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade Civil do Estado por atos judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, Ivan de Oliveira. **A morosidade processual e a responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Pillares, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Juary C. **A Responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos**: Teoria da Responsabilidade Unitária do poder Público. São Paulo: Saraiva, 1985.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. A responsabilidade civil do Estado por erro da atividade jurisdicional. In: BUCCI, Mário César (Coord.). **Estudos de responsabilidade civil**: doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: Ícone, 2003, v. 1.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 1997.

_____. Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 85, n. 731, p. 86-88, set. 1996.

_____. Responsabilidade do Estado por erro judiciário. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 91-102, jan./mar. 1998.

_____. **Tratado de responsabilidade civil**: com comentários ao Código Civil de 2002. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Constituição ou barbárie?** – A lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <http://www.ihj.org.br/poa/professores/Professores_02.pdf> (Acesso em: 14 jul. 2008).

STRENGER, Irineu. **Responsabilidade civil no direito interno e internacional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTR, 2000. (acervo digital)

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: _____. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUCCI, Rogério Cruz e. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, v. 17, n. 66, p. 72-78, abr./jun. 1992.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional**. 1. ed. 4. tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. (Coleção Direito Civil; v. 1).

_____. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. (Coleção Direito Civil; v. 4).

VIEIRA NETTO, José Rodrigues. **O Risco e a Imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil**. ed. póstuma. Curitiba: Juruá, 1989.

WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. A morosidade da prestação da atividade jurisdicional como um fator de descrédito do Poder Judiciário e a obrigação do Estado de indenizar os prejuízos causados ao jurisdicionado. In: _____ (Coord.). **Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 487-509.

WEINGARTNER NETO, Jayme. O Estado democrático de direito, apontamentos histórico-críticos. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano 35, n. 109, mar. 2008, p. 163-183.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de Direito Público e o Código Civil de 2002. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.). **Direito Administrativo**: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 343-377.

XIMENES, Júlia Maurmann. Reflexões sobre o conteúdo do Estado democrático de direito. **Atena: Revista Jurídica do IESB** (on line), Brasília, ano 1, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.iesb.br/moduloonline/Atena/?fuseaction=fbx.Editoria&CodEditoria=20>> (Acesso em: 16 jul. 2008).

_____. Responsabilidade extracontratual das concessionárias de obras e serviços públicos e do Estado concedente. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Coord.). **Direito Público**: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 761-770.

OBRAS E DOCUMENTOS CONSULTADOS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: WVC, 2000.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6. ed. rev. e acresc. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 2: Instituições do Direito Romano.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil anotado e legislação complementar**. São Paulo: Atlas, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BARBOSA, Carlos Cezar. **Responsabilidade civil do Estado e das instituições privadas nas relações de ensino**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: UNESP, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CORRÊA, Alexandre Augusto de Castro. História do direito nacional desde a antiguidade até o Código Civil de 1916. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.). **História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 77-90

DÍEZ-PICAZO, Ignacio. **Poder judicial y responsabilidad del Estado**. Buenos Aires: Astrea, 1973.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 11. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O controle da moralidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 3.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti. **Responsabilidade do Estado em caso de falência do concessionário**. São Paulo: Minelli, 2003.

GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade civil no direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría General de la reparación de daños**. Buenos Aires: Astrea, 1997.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ITURRASPE, Jorge Mosset; PICAZO, Luis Díez; BUSNELLI, Francesco. **Daños**. Buenos Aires: De Palma, 1991.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução de: Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 6. ed. ver. at. e ampl. São Paulo: RT, 2003. (Série Métodos em Direito; v. 1).

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

MARQUES, Carlos Roberto. Responsabilidade patrimonial do Estado por atos judiciais. In: VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **Responsabilidade civil empresarial e da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MEDEIROS, Rui. **Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.

MUÑOZ, Riánsares López. **Dilaciones indebidas y responsabilidad patrimonial de la administración de justicia**. Granada: Comares, 1996.

PALAZZO, José Luis. **Responsabilidad extracontractual del Estado**. Buenos Aires: Depalma, 1995.

PARELLADA, Carlos Alberto. **Daños em la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional**. Buenos Aires: Astrea, 1990.

PAULA, Carolina Bellini Arantes de. **As excludentes de responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Atlas, 2007.

PÉREZ, Jesús Gonzáles. **Responsabilidad patrimonial de las administraciones publicas**. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: parte especial** 3. ed. 2. reimp. São Paulo: RT, 1984. Tomo LIII.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das Obrigações**. Trad. de Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001.

REBOLLO, Luis Martín. **Jueces y responsabilidad del Estado: el artículo 121 de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

RIVERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo comparado**. 2. ed. rev. Trad.: J. Cretella Júnior. São Paulo: RT, 2004.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira; TEPEDINO, Gustavo *et al.* (Orgs.). **Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 127-154.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do Estado intervencionista**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

SCHLESINGER, Patsy. **Responsabilidade civil do Estado por ato do juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. Barueri: Manole, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TASCA, Flori Antonio. **Responsabilidade civil: pessoa jurídica e dano moral**. Curitiba: Ciência & Arte, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade civil à luz da jurisprudência**. São Paulo: LEUD, 1986.

TRUJILLO, Rafael Duran. **Nociones de responsabilidad (contractual y delictuosa)**. Bogotá: Temis, 1957.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Novo Código Civil: texto comparado, Código Civil de 2002, Código Civil de 1916**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

VIEGAS, Carlos Henrique de Souza. O vocabulário e o esboço de Teixeira de Freitas. **Diritto @ Storia – Rivista Internazionale de Scienze Giuridiche e Tradizione Romana** (versão on line), anno VI, quaderno n. 6, Sassari, feb. 2008. Disponível em: <<http://dirittoestoria.it/6/tradizione.htm>> (Acesso em: 13 jul. 2008).

WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade civil das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. (Coleção Direito Regulatório).

ZANCANER, Weida. **Responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: RT, 1981.