

LUÍS HENRIQUE CUNHA MÜHLMANN

**RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR
ATOS JUDICIAIS**

CURITIBA

2002

LUÍS HENRIQUE CUNHA MÜHLMANN

**RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR
ATOS JUDICIAIS**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel
em Direito, Curso de Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientadora: Prof.^a Angela Cassia
Costaldello**

CURITIBA

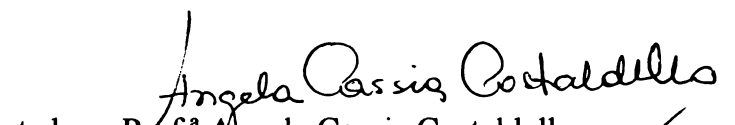
2002

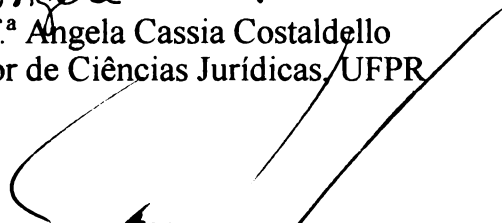
TERMO DE APROVAÇÃO

LUÍS HENRIQUE CUNHA MÜHLMANN

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS JUDICIAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:


Orientadora: Prof.ª Angela Cassia Costaldello
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof. Pedro Henrique Xavier
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Marçal Justen Filho (Suplente)
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 06 de novembro de 2002.

Agradeço à minha mestra e orientadora, Professora Angela Cassia Costaldello, de quem tive a honra e o privilégio de ser aluno no Curso de Graduação desta Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, e que muito me auxiliou na elaboração desta monografia.

SUMÁRIO

RESUMO	v
INTRODUÇÃO	1
1. DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO	3
1.1. A Responsabilidade Extracontratual do Estado	3
1.2. Atos Judiciais (ou Jurisdicionais).....	5
2. FUNDAMENTOS PARA A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS JUDICIAIS	11
2.1. O Estado de Direito.....	11
2.2. Qualificação jurídico-administrativa do magistrado.....	15
2.3. Questões acerca da responsabilidade quanto aos atos praticados pelo magistrado.....	19
3. A RESPONSABILIDADE POR ATOS JUDICIAIS FACE ÀS TEORIAS DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO	30
3.1. Teoria da irresponsabilidade estatal.....	30
3.2. Teorias de responsabilidade subjetiva do Estado.....	32
3.3. Teorias de responsabilidade objetiva do Estado.....	37
4. ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE POR ATOS JUDICIAIS	44
4.1. Requisitos para a configuração da responsabilidade por atos judiciais.....	44
4.2. Limites à responsabilidade por atos judiciais: excludentes e atenuantes.....	49
4.3. Responsabilidade pessoal do magistrado.....	53
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

RESUMO

Este trabalho objetivou verificar a viabilidade da responsabilidade extracontratual do Estado por atos judiciais, bem como as especificidades de tal responsabilidade. Para tanto, foram analisadas questões decisivas para a aceitação ou não da responsabilidade por atos judiciais. Observou-se que o nosso sistema jurídico, baseado na idéia de Estado de Direito, impõe a responsabilidade do Estado inclusive no que tange aos atos judiciais; que o juiz é um agente público, pelo que se lhe aplica a regra disposta no artigo 37, § 6.º da Constituição Federal; e que os argumentos de inaplicabilidade da norma do artigo 37, § 6.º, da Constituição Federal aos danos oriundos de atos judiciais, de falibilidade do juiz enquanto ser humano, da não inclusão do magistrado na categoria de agente público, de ser o Poder Judiciário “soberano” e do comprometimento da imparcialidade no julgamento são desarrazoados e/ou insuficientes para afastar a responsabilidade por atos judiciais. Quanto à questão da coisa julgada, verificou-se que restam excluídos da responsabilidade apenas os danos oriundos de decisões que receberam os efeitos da coisa julgada material e que não podem ser submetidas à revisão ou rescisão, e somente em relação àqueles vinculados à coisa julgada. Foi observado ainda que a responsabilidade estatal por atos judiciais pode ser subjetiva (teoria da culpa do serviço), quando se tratar de ato ilícito, ou objetiva (teoria do risco administrativo), se o ato danoso for lícito. No caso da responsabilidade subjetiva, devem estar presentes os elementos culpa, dano certo, possível e não eventual e nexos de causalidade entre o fato culposo e o dano. Para a configuração da responsabilidade objetiva deve haver um dano certo, possível, não eventual, especial e anormal, o nexo causal entre o ato lícito e o dano, e o proveito social. Ambas as modalidades de responsabilidade admitem excludentes, quando falta algum de seus requisitos, ou atenuantes, quando é verificada uma concausa na produção do dano. Por fim, verificou-se que o magistrado poderá responder pessoalmente pelos danos se agir com culpa ou dolo.

INTRODUÇÃO

Embora a responsabilidade extracontratual do Estado seja um instituto presente e inquestionável no ordenamento jurídico brasileiro, controvertida ainda é a sua aplicabilidade à atividade jurisdicional. Debatem-se a doutrina e a jurisprudência acerca da admissibilidade da responsabilidade extracontratual do Estado por atos judiciais. A repulsa que muitas vezes se verifica a esta forma de responsabilidade, sobretudo entre os mais conservadores, assenta-se basicamente nas especificidades da atividade típica que é desenvolvida pelo Poder Judiciário. Não obstante, tem-se combatido, e cada vez com mais força, o posicionamento que pugna pela irresponsabilidade do Estado por atos judiciais, até mesmo por uma questão de equidade. Não se pode ignorar, ainda, a tendência de buscar abolir todo o resquício de irresponsabilidade estatal, visando à segurança dos particulares face às arbitrariedades dos agentes públicos. A adoção, por outro lado, de um ou outro posicionamento quanto ao assunto gera conseqüências diametralmente antagônicas e relevantes, com profundas e diversas repercussões teóricas e pragmáticas.

Dessa forma, é de grande interesse a reflexão sobre a fixação do cabimento ou não da responsabilidade estatal por atos judiciais, bem como, em sendo defensável a responsabilidade, de seus requisitos e suas características. Necessário estabelecer com a maior exatidão possível, no plano da responsabilidade extracontratual do Estado na atividade jurisdicional, seus limites e especificidades, cujo interesse é inquestionável para o mundo jurídico, o que justifica a elaboração desta monografia.

O objetivo geral do estudo é estabelecer se o Estado deve ou não responder pelos atos judiciais, isto é, se a atividade jurisdicional gera a responsabilidade extracontratual ao Estado.

Como objetivos específicos ou incidentais, despontam a conceituação de responsabilidade extracontratual do Estado e de atos judiciais, a análise dos fundamentos para o cabimento ou não da responsabilidade por atos judiciais, e, este fixado, da responsabilidade estatal por atos judiciais face às teorias atinentes à

responsabilidade extracontratual do Estado em geral, das especificidades da responsabilidade estatal decorrente da atividade jurisdicional, seus requisitos, excludentes e atenuantes, bem como dos casos de responsabilidade pessoal do juiz.

Destarte, a monografia visa a contribuir para a elucidação do tema de responsabilidade extracontratual do Estado, ainda que, nesta oportunidade, sem a pretensão de esgotar tema tão atual e complexo.

1. DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO

1.1 A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

Não discorreremos aqui aprofundadamente a respeito da designação mais correta da responsabilidade do Estado, até porque de menor importância para o presente estudo. No entanto, tão-somente para fins de especificação do instituto jurídico de que se trata, evitando equívocos decorrentes de terminologia, esclarecemos que a responsabilidade em questão é aquela que alguns autores denominam responsabilidade patrimonial do Estado, outros responsabilidade civil da Administração Pública (ou do Estado, segundo outros), havendo ainda os que preferem a designação de responsabilidade extracontratual do Estado, além de mais algumas expressões menos utilizadas.

Neste trabalho adotamos a denominação de “responsabilidade extracontratual do Estado”, por ser a que melhor individualiza esta espécie de responsabilidade. E entende-se como a mais consentânea porque, em primeiro lugar, o adjetivo “civil” não se coaduna com o instituto, na medida em que a responsabilidade em tela está sob o manto do Direito Público e, portanto, difere da correspondente responsabilidade existente no Direito Privado. A responsabilidade no âmbito estatal deve obediência aos demais princípios e normas do regime jurídico-administrativo, e não aos princípios privatísticos.¹ Como assevera José de Aguiar Dias, “responsabilidade civil do Estado é matéria de direito administrativo”.² Assim, e por ser mais conveniente atribuir denominação distinta a institutos diversos, não se deve

¹ Note-se, porém, que a dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado vem paulatinamente sendo suprimida, razão pela qual, atualmente, é difícil separar com exatidão as matérias concernentes ao “público” e ao “privado”.

² DIAS, J. de A. **Da Responsabilidade Civil**. 10 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2, p. 556.

utilizar a expressão *responsabilidade civil* ao se referir à responsabilidade do Estado.³

Outrossim, não merecem acolhimento as possíveis denominações que induzem o raciocínio de que o ente responsável é a Administração Pública. Isto em razão de que a Administração Pública não possui personalidade jurídica. Quem responde é a pessoa jurídica de direito público, bem como as entidades da administração descentralizada (autarquias e fundações públicas) e da administração indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista). Dessa forma, as expressões “responsabilidade civil da Administração Pública”, “responsabilidade patrimonial da Administração Pública”, ou ainda “responsabilidade extracontratual da Administração Pública” são de exatidão questionável, pois Administração Pública e Estado correspondem a figuras diferentes.

Quanto à designação responsabilidade patrimonial do Estado, também não se mostra precisa. José Cretella Júnior deixa transparecer em sua obra a equivalência das expressões “responsabilidade civil” e “responsabilidade patrimonial”.⁴ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello sinaliza como pressuposto da responsabilidade “civil” o dano patrimonial.⁵ Não obstante, há duas espécies de obrigações que podem ensejar a responsabilidade *patrimonial* do Estado: as obrigações decorrentes dos contratos por ele firmados e as obrigações extracontratuais, que prescindem do vínculo contratual. É da responsabilidade fundada nas obrigações extracontratuais que trataremos neste

³ Não obstante ser instituto de Direito Público, mais precisamente de Direito Administrativo, é fato que a responsabilidade extracontratual do Estado repousa suas raízes na responsabilidade civil, instituto de Direito Privado mais antigo e mais desenvolvido que o correspondente publicístico. Contudo, adquiriu, ao longo dos anos, autonomia. Atualmente, qualquer subsídio hermenêutico, utilizando o instituto civilístico correspondente por analogia, deverá ser devidamente adequado e revisto conforme os princípios do Direito Público e, ainda, o regime jurídico-administrativo.

⁴ CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 81.

⁵ MELLO, O. A. B. de. **Princípios Gerais de Direito Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2, p. 474.

trabalho, enfocando-a na atividade jurisdicional.⁶

Destarte, pode-se delimitar conceitualmente a responsabilidade em tela nos seguintes termos: obrigação patrimonial e não contratual do Estado, com vista à reparação de um dano por ele causado, através de seus agentes, em decorrência de sua atividade. Acrescente-se que o dano pode ser originário de um ato lícito ou ilícito, material ou jurídico, de uma atitude comissiva ou omissiva,⁷ questões que serão mais detidamente tratadas adiante.⁸

1.2 ATOS JUDICIAIS (OU JURISDICIONAIS)

A cada Poder do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário – são atribuídas funções típicas e atípicas. No Poder Judiciário a função dita típica corresponde, basicamente, àquela de aplicar a lei ao caso concreto, dirimindo os conflitos de interesses levados ao conhecimento do magistrado e possibilitando ao jurisdicionado o acesso e a manutenção de seus direitos. A par disso, possuem os órgãos e agentes do Poder Judiciário as funções atípicas de cunho administrativo e mesmo normativo. Da primeira (atividade puramente administrativa) é exemplo a realização de licitação para adquirir os materiais necessários ao bom desempenho da função típica, bem assim a elaboração de concurso público para o provimento dos cargos pertencentes aos seus quadros. Da segunda (prática de atos normativos) são

⁶ Cabe ressaltar, ainda, que a responsabilidade extracontratual do Estado em nada se confunde com responsabilidade administrativa. A responsabilidade extracontratual consiste numa obrigação de cunho patrimonial atribuída a uma pessoa jurídica que preste serviço público, em decorrência de um ato danoso por esta praticado, a despeito de um vínculo contratual. Já a responsabilidade administrativa dirige-se ao outro pólo, vale dizer, é imputada ao administrado ou ao agente público, e não ao Estado. Aliás, é o próprio Estado, em sua função administrativa, que aplica essa modalidade de responsabilidade. Tem a responsabilidade administrativa um caráter punitivo, de reprimenda, ainda que difira da responsabilidade penal por visarem a bens diversos.

⁷ MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 799.

⁸ Ver item 3.

exemplos, com maior destaque, os regimentos internos elaborados pelos tribunais.⁹

Quanto às funções atípicas – administrativa e normativa –, não serão abordadas neste estudo.

Já em relação à atividade típica do Poder Judiciário, cabe neste tópico tecer algumas considerações a fim de individualizar o objeto de estudo.

Cretella Júnior, em artigo dedicado ao tema,¹⁰ estabelece uma classificação dos atos emanados no seio do Poder Judiciário. Para o autor, são oriundos da função jurisdicional, *lato sensu*, os atos jurisdicionais e os atos administrativos decorrentes de tal função. O *ato jurisdicional* (ou ato orgânico ou formal) seria o atrelado à função contenciosa da Justiça. É esta a função, conforme ensina o publicista, que distingue materialmente a função jurisdicional das funções legislativa e executiva do Estado. Enquanto a primeira estaria encarregada do fenômeno *contencioso*, correspondente à “intervenção tendente a eliminar toda espécie de incidentes, consubstanciados numa contestação, que se interpõem no processo normal e contínuo da realização do direito”,¹¹ as outras duas funções seriam incumbidas dos fenômenos de *formação* e de *realização* do Direito, respectivamente.¹² Ao lado dos atos jurisdicionais, como dito, estariam os atos administrativos oriundos da função judicial. Estes atos abrangeriam tanto os *atos administrativos materiais* quanto os *atos de jurisdição voluntária* (ou atos de jurisdição graciosa ou não-contenciosa), e teriam um regime jurídico diverso do que regula os atos jurisdicionais, aplicando-se-lhes os princípios da

⁹ Assim dispõe a Constituição Federal:

“(...) Art. 96. Compete privativamente:

I – aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos; (...)”

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, J. Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 99, p. 13-32, jan./mar. 1970.

¹¹ *Idem*, *ibidem*. p. 14.

¹² *Idem*, *ibidem*. p. 14.

responsabilidade pública.¹³

E, sobre a classificação, conclui o mestre:

“*Judiciais* = (judiciárias) são todas as atividades do Poder Judiciário, específicas ou anespecíficas, sem indagação de sua natureza, contenciosa ou graciosa. Proveniente do Judiciário, é *judicial*, orgânica ou formalmente considerada. A expressão *atividade judicial* esgota, assim, todas as possibilidades funcionais do Poder Judiciário. As *jurisdicionais* não: são apenas parte – embora importante – das atividades judiciárias”.¹⁴

Adiante, esclarece ainda que, “mediante a edição do ato jurisdicional, o Poder Judiciário concretiza sua atividade específica, que culmina com a prolação da sentença”.¹⁵

Tal classificação mostra-se muito restritiva. Com efeito, numa análise mais acurada, sob a lente das teorias mais modernas acerca da função jurisdicional, notadamente a teoria da instrumentalidade do processo,¹⁶ percebe-se que a atividade tipicamente jurisdicional não se resume aos atos do processo de conhecimento orientados a uma sentença que pretensamente porá fim ao conflito de pretensões. A função jurisdicional engloba também os atos tendentes à realização prática do direito já definido por uma sentença, bem como aqueles que visam a assegurar uma tutela efetiva do interesse juridicamente protegido. Estão também incluídos na categoria dos atos jurisdicionais, portanto, os atos executivos e cautelares, e assim devem ser considerados porque, como já mencionado, a função do Judiciário não é mais encarada apenas como a de “dizer o direito”. Ao juiz é incumbida a aplicação integral do Direito. Deve tanto dizer como possibilitar o acesso ao direito, visando à satisfação efetiva e integral do jurisdicionado, da forma mais justa possível. Esta é a tônica imposta pela teoria da instrumentalidade do processo.

¹³ Idem, *ibidem*. p. 17.

¹⁴ Idem, *ibidem*. p. 17.

¹⁵ Idem, *ibidem*. p. 18.

¹⁶ Sobre a teoria da instrumentalidade do processo: DINAMARCO, C. R. **A Instrumentalidade do Processo**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

Por outro lado, para os fins de responsabilidade estatal, não se pode denominar de jurisdicional todo e qualquer ato desenvolvido no curso de um processo judicial, ainda que com aqueles escopos. No desempenho da função jurisdicional, são realizados diversos atos, jurídicos ou materiais. As sentenças, despachos, intimações, busca e apreensão de bens, decisões interlocutórias, leilão de bens, prisão (punitiva ou cautelar), expedição de mandados, cartas precatórias e ofícios, são alguns dos inúmeros atos emanados no decorrer do exercício da atividade judicial. Alguns dos atos são emitidos por magistrados. Nos demais, figuram como protagonistas outros agentes públicos. Portanto, a *atividade judiciária* engloba os *atos jurisdicionais*, da lavra de juízes, e os *atos administrativos* complementares àqueles, praticados por agentes públicos outros. Tratam-se estes de atos indispensáveis para o andamento do processo, porém não são realizados diretamente pelo agente julgador. Via de regra têm como fundamento um ato jurisdicional, como um despacho ou uma sentença, mas com este não se confundem.

O ato, para ser jurisdicional, requer também uma qualidade especial do agente, ou seja, deve ser praticado por um magistrado. Há, pois, um aspecto objetivo (função jurisdicional) e outro subjetivo (agente com qualidade de juiz).

Quanto ao aspecto subjetivo do ato (ser praticado por um juiz), não se requer maiores considerações. Objetivamente, porém, deve ser melhor definida a distinção entre os atos jurisdicionais e os atos administrativos em geral ou emanados em virtude da função jurisdicional.

Um e outro são atos jurídicos, vez que produzem efeitos jurídicos.

Partiremos do conceito de atos administrativos, mais largamente estudados, para estabelecer a diferença. O ato administrativo pode ser assim definido: “*declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar*

cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional".¹⁷

Da definição, duas diferenças podem ser extraídas. Primeiramente, o ato jurisdicional é *exclusiva e diretamente* praticado pelo Estado. Não é admitida a delegação de competência jurisdicional para a Administração indireta ou particulares. Outrossim, não são os atos jurisdicionais um *complemento* à lei. Não visam à subsequente satisfação direta dos interesses públicos preestabelecidos em lei (atos administrativos *stricto sensu*), no sentido de dar execução jurídica concreta ao preceito genérico e abstrato, nem à operacionalização da execução da lei (atos administrativos regulamentares).

Di Pietro aponta como característica diferenciadora dos atos administrativos relativamente aos jurisdicionais o fato de aqueles serem sempre passíveis de controle judicial,¹⁸ sendo acompanhada, neste ponto, por Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁹ O critério, entretanto, deve ser visto com ressalvas. Realmente, uma sentença definitiva, ao revestir-se dos efeitos da coisa julgada material, é, a princípio, não passível de qualquer revisão.²⁰ É certo, também, que o juiz tem autonomia hermenêutica ao definir o direito no caso concreto. Isto não significa, contudo, que sua atuação é ilimitada. Há um espectro de decisões possíveis com fundamento na mesma norma. Esse espectro, no entanto, é circundado por um universo composto de manifestações absolutamente incompatíveis com a disposição legal. Poder-se-ia alegar que tais incompatibilidades deveriam sempre ser argüidas e sanadas no curso processual, pelo que a decisão final, que representaria derradeiramente o ato jurisdicional, seria insuscetível de controle. Tal concepção afastaria, de plano, a responsabilidade por atos jurisdicionais, vez que estes não mais poderiam ser questionados após o trânsito em julgado da sentença. Mas

¹⁷ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 343-344.

¹⁸ DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1992. p. 149.

¹⁹ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 344.

²⁰ Hipóteses há em que a coisa julgada pode ser desfeita mediante ação rescisória (artigo 485 do Código de Processo Civil) ou revisão criminal (artigo 621 do Código de Processo Penal).

não é essa a orientação que parece ser mais adequada, conforme adiante se demonstrará. Ademais, aceitar de forma ampla a tese dos autores implicaria em se considerar que os atos administrativos seriam somente os vinculados, vez que os discricionários, tal qual os jurisdicionais, não se sujeitariam ao controle de mérito pelo Judiciário.

Importa a distinção e classificação dos atos, primeiramente, para delimitar o objeto de estudo, que se aterá aos atos *judiciais* (ou *jurisdicionais*). Isto em virtude de serem estes os atos cuja responsabilização do Estado se mostra mais questionável e polêmica. No que tange aos atos administrativos atrelados à função jurisdicional, em razão de serem praticados por funcionários públicos desprovidos de todas as garantias e prerrogativas inerentes aos magistrados, bem como por serem oriundos do exercício de uma atividade vinculada, apresentam, neste trabalho, menor interesse científico. Da mesma forma, não se ocupará este estudo dos atos administrativos praticados por juízes, incluindo-se aí os atos de jurisdição voluntária,²¹ vez que se lhes aplica a mesma disciplina relativa aos atos praticados pela Administração Pública.

Quanto à nomenclatura, ao contrário da adotada na classificação de José Cretella Júnior, tomaremos como sinônimas as expressões *atos jurisdicionais* e *atos judiciais*. Isto em razão de que muitos, ao querer se referir especificamente a atos jurisdicionais, utilizam a denominação de atos judiciais. Assim, reduzir-se-á o rigor técnico-lingüístico, mas sem prejuízo da precisão do objeto de estudo.²²

²¹ A jurisdição voluntária corresponde a uma atividade eminentemente fiscalizatória, e não de aplicação de justiça. Trata-se de atividade materialmente administrativa. Através da jurisdição voluntária (ou graciosa), o Estado fiscaliza os direitos indisponíveis nos negócios privados, “fazendo valer a legalidade, o interesse público e a manutenção dos bens especialmente protegidos pela ordem jurídica” (GRECO FILHO, V. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1, p. 39-40). E a fiscalização deriva, a rigor, do poder de polícia do Estado, e não da função jurisdicional.

²² As nomenclaturas utilizadas, como em qualquer classificação, são meramente convencionais. Não se tem aqui a preocupação etimológica, lingüística. Como em qualquer estudo jurídico, deve-se atentar para o significado que o texto confere às palavras, pelo contexto e definições empregados, e não às “denominações” em si mesmas consideradas.

2. FUNDAMENTOS PARA A RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS JUDICIAIS

2.1 O ESTADO DE DIREITO

A responsabilidade do Estado é fundamentada, antes de qualquer outro princípio, no conceito de Estado de Direito.

A concepção de Estado de Direito é adotada em nosso país por força do artigo 1.º, *caput*, da Constituição Federal. Mais precisamente, a Lei Maior fala em Estado Democrático de Direito.

O Estado de Direito nasceu com o liberalismo. Surgiu para limitar o poder estatal conferindo à burguesia maior segurança jurídica. Assim, inicialmente suas características básicas foram: 1) submissão ao império da lei, considerada esta o ato emanado pelo Poder Legislativo, que representava os cidadãos; 2) divisão de poderes, de forma a garantir maior independência ao Legislativo e imparcialidade ao Judiciário; e 3) enunciado e garantia dos direitos individuais.²³

Outrossim, o Estado de Direito propiciou a igualdade, ainda que formal, das pessoas perante a lei, ao submeter todos, indistintamente, aos seus mandamentos. Por isso que a responsabilidade passou a ser exigida também dos entes públicos.

A questão é bem tratada pelo ilustre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello. Como observa o jurista, “a idéia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito”.²⁴

Estado de Direito implica na submissão de todos, pessoas físicas ou

²³ SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 116-117.

²⁴ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 805.

jurídicas, públicas ou privadas, aos ditames do ordenamento jurídico.²⁵ Por outro lado, a responsabilidade extracontratual pressupõe a violação do direito alheio, causando um dano. Destarte, se as pessoas jurídicas de direito público violam o direito de outrem estão desrespeitando a regra que concedeu o direito ao ofendido, e, por conseguinte, obrigadas estão a promover a reparação do dano. A obrigação de reparação deriva da responsabilidade extracontratual do Estado.

Por essa razão Celso Antônio Bandeira de Mello defende que a noção de Estado de Direito impõe, de per si, a responsabilidade do Estado por atos danosos a terceiros, sendo desnecessária qualquer outra disposição legal para embasar a responsabilidade do ente estatal.²⁶

Ademais, o autor ainda traz a lume a idéia de República, afirmando que esta indica um regime institucionalizado, no qual o Direito se aplica a todos os sujeitos, de forma que não há sujeitos irresponsáveis.²⁷

Assim, conclui o jurista:

“Por tudo isto não cremos que se possa, no moderno Estado de Direito, colocar qualquer dúvida sobre a existência do princípio da responsabilidade do Estado nos casos em que falte texto expresso dispondo sobre a matéria. Igualmente, parece-nos sem fomento jurídico satisfatório buscar apoio em regras do Direito Privado para sustentar-lhe a existência, uma vez que a base para admiti-lo reside na própria espinha dorsal do Estado de Direito”.²⁸

Hoje o conceito de Estado de Direito vem acompanhado pelo adjetivo social: Estado Social de Direito. Evoluiu de uma concepção liberal típica, formal, para se tornar um princípio material, que impõe a realização efetiva de uma justiça social.²⁹

Contudo, a Constituição Federal, como visto, não se utiliza da denominação

²⁵ Idem, *ibidem*. p. 805.

²⁶ Idem, *ibidem*. p. 805.

²⁷ Idem, *ibidem*. p. 806.

²⁸ Idem, *ibidem*. p. 806.

²⁹ SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.* p. 119.

“Estado Social de Direito”, mas sim “Estado Democrático de Direito”. Assim, ela “apenas abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana”.³⁰

Ora, se as características do Estado de Direito nos moldes liberais já eram suficientes para impor a responsabilização do Estado pelos danos causados a seus cidadãos, a necessidade de observância de uma justiça social, a par da jurídica, fortalece ainda mais a tese da responsabilidade.

A justiça social agasalha a idéia de uma justiça material. Deriva desta, em concurso com outros princípios, a regra fundante da distribuição eqüitativa dos ônus e encargos públicos aos cidadãos, que rege a responsabilidade objetiva do Estado. O princípio distributivo encontra guarida na versão material, efetiva, do princípio da igualdade de todos perante a lei. Portanto, a própria responsabilidade objetiva do Estado, que visa a corrigir o comportamento estatal que agrave desigualmente a alguém, no exercício de atividades no interesse de todos, é calcada na moderna idealização de Estado de Direito.³¹

A noção de Estado *Democrático* de Direito também corrobora com a tese de responsabilidade do Estado no exercício da atividade jurisdicional. A fusão da concepção de Democracia com a de Estado de Direito impõe a submissão de todos às leis produzidas pelo povo (*demos*), diretamente ou por meio de seus representantes (art. 1.º, parágrafo único, da Constituição Federal). Dá-se o enfoque, então, na atividade legislativa, que, sendo desempenhada por representantes populares (democracia), deve estabelecer, com vistas ao interesse público, as leis que regerão todas as condutas de quaisquer pessoas (Estado de Direito). Não cabe ao Poder Judiciário perquirir acerca da conveniência política das leis, visto que a definição dos

³⁰ *Idem*, *ibidem*. p. 124.

³¹ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (Ob. cit. p. 813).

interesses públicos é tarefa do Poder Legislativo.³² Ao Judiciário não resta mais do que a fiel observância destas leis no exercício de seu mister. E a inobservância legal, em gerando dano, deve ser corrigida por via de reparação. É a responsabilidade extracontratual do Estado por atos judiciais.

Mas ainda que se afastassem todas essas decorrências do Estado de Direito, bastaria para a caracterização da responsabilidade um corolário deste, e sem dúvida o mais importante: o princípio da legalidade. Como observa Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade, assenta-se na própria estrutura do Estado de Direito e, conseqüentemente, do sistema constitucional como um todo.³³

O princípio da legalidade abrange duas concepções antagônicas. Por uma delas, a restritiva, é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Consiste numa relação de não contrariedade ou de compatibilidade com a lei, que apenas fixa limites para a atuação. É a concepção que fundamenta o princípio da autonomia da vontade, sendo aplicada nas relações travadas entre particulares. Numa segunda concepção, ampliativa, corresponde ao agir nos termos da lei (o que não é permitido é proibido). Estabelece-se, aí, uma relação de conformidade com a lei, que fixa limites e permissões expressas.³⁴ Esta segunda concepção é a aplicável ao Direito Público de um modo geral, e especificamente ao Direito Administrativo.

O Estado é submetido ao ordenamento jurídico, devendo exercer suas atividades em conformidade com o Direito. A limitação é inteiramente aplicável à

³² MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 72.

³³ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 73. Acrescenta ainda o autor, na mesma página: “Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de *qualquer Estado*, de qualquer sociedade politicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma conseqüência dele.”

³⁴ VIEIRA, J. R. Princípios Constitucionais e Estado de Direito. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 54, out./dez 1990. p. 96.

atividade jurisdicional do Estado. Ou seja, a autonomia da vontade também não é condizente com o Estado-juiz. Ao aplicar e realizar o Direito, o Poder Judiciário está constricto ao ordenamento jurídico. Realmente, se a atividade administrativa do Estado só pode ser exercida em total conformidade com o Direito, por maioria de razão a atividade jurisdicional, que tem como escopo a aplicação efetiva das normas desse ordenamento. O Judiciário, pelo fato de aplicar as leis, não está acima delas. Ao contrário, cabe ao Poder Judiciário possibilitar a eficácia das normas do Direito positivo, aplicando-as sempre que necessário, inclusive no que toca a irregularidades constantes no seio do próprio serviço jurisdicional. Aliás, não se exclui do conceito de Estado, no que toca à observância do princípio da legalidade, nenhuma de suas funções.

Portanto, num Estado de Direito, como é o caso do Estado brasileiro atual, não se admite a tese de irresponsabilidade do Estado quanto aos danos decorrentes de atos judiciais. O incumbido de “dizer o direito” (Estado-juiz) deve ser o primeiro a respeitar o Direito, submetendo-se ao ordenamento jurídico.

2.2 QUALIFICAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DO MAGISTRADO

O § 6.º do artigo 37 da Constituição Federal estabelece que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A responsabilidade do Estado de que trata este dispositivo constitucional corresponde apenas àquela derivada dos danos provocados por agentes que desempenhem uma atividade estatal, ou, para ficar mais próximo dos termos da Lei Maior, que exerçam um *serviço público*.

Da norma em apreço se extrai a figura do agente público como um dos elementos para a configuração da responsabilidade do Estado. É requisito para que um dano seja suscetível de indenização pelo Poder Público que ele, o dano, tenha sido

causado por alguém na qualidade de agente público.

Desse modo, é de capital importância para a verificação da aplicabilidade do mandamento inserto no § 6.º do artigo 37 da Constituição Federal a qualificação jurídico-administrativa do juiz. Em outras palavras, pode ou não ser o juiz considerado um agente público?

Para responder a essa indagação, primeiramente temos que fixar o conceito de agente público. Para Di Pietro, “agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da administração indireta”.³⁵

Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, *agente público* consiste num gênero do qual derivam várias espécies. A expressão, segundo o administrativista, “é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”.³⁶

Para a caracterização do agente público basta a natureza estatal da atividade por ele desempenhada (requisito objetivo) e a sua investidura na referida atividade (requisito subjetivo).³⁷

Costuma-se subdividir o gênero *agente público* nas seguintes espécies: agentes políticos, servidores públicos (ou estatais) e particulares em colaboração com o Poder Público.³⁸

Agentes políticos são aqueles que desempenham uma função política, ou seja, aqueles incumbidos de estabelecer as metas, as diretrizes de atuação do Estado.³⁹

³⁵ DI PIETRO, M. S. Z. Ob. cit. p. 305.

³⁶ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 226.

³⁷ Idem, ibidem. p. 227.

³⁸ Adotam esta classificação, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

³⁹ DI PIETRO, M. S. Z. Ob. cit. p. 305-306.

Por isso é afirmado que “se constituem nos formadores da vontade superior do Estado”.⁴⁰

Servidores públicos (ou estatais, como prefere Celso Antônio Bandeira de Mello) são “todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), relação de trabalho de *natureza profissional* e caráter não eventual *sob vínculo de dependência*”.⁴¹ Dentre os servidores existem aqueles titulares de cargos públicos, os quais também mantêm um vínculo estatutário com o Estado. Aliás, como bem observa Di Pietro, algumas categorias, embora no exercício de atribuições constitucionais, por desempenharem suas funções mediante vínculo empregatício com o Estado, sempre ocuparão cargos e estarão submetidas ao regime estatutário, ainda que próprios, estabelecidos pelas respectivas leis orgânicas. É o caso, dentre outros, dos membros da Magistratura.⁴²

Por fim, a categoria dos particulares em colaboração com o Poder Público “é composta por sujeitos que, sem perderem sua qualidade de particulares – portanto, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal (com exceção única dos recrutados para o serviço militar) –, exercem função pública, ainda que às vezes apenas em caráter episódico”.⁴³

⁴⁰ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 229. Os agentes políticos se resumem aos Chefes dos Poderes Executivos, bem como de seus auxiliares imediatos, e os Senadores, Deputados e Vereadores. Todos estes mantêm um vínculo institucional, estatutário, com o Estado (MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 230), e, num Estado democrático como o atual, sua investidura pressupõe eleição, exceto quanto aos auxiliares dos Chefes dos Poderes Executivos, isto é, Ministros ou Secretários (DI PIETRO, M. S. Z. Ob. cit. p. 306).

⁴¹ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. 230.

⁴² DI PIETRO, M. S. Z. Ob. cit. p. 307-308.

⁴³ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 232. Os particulares em colaboração com o Poder Público não chegam a constituir vínculo empregatício com o Estado, mesmo que sejam remunerados (nesse sentido: DI PIETRO, M. S. Z. Ob. cit. p. 308).

Pela classificação, verifica-se estarem os magistrados incluídos na categoria de servidores públicos. Porém, ainda que se adote o critério de Hely Lopes Meirelles,⁴⁴ tendo os juizes como agentes políticos, em nada seria alterada a questão da responsabilidade do Estado, vez que ambos são espécies do gênero agentes públicos.

Não obstante as considerações acima enunciadas, há ainda alguns que alegam não ser o juiz um agente, mas verdadeiro *órgão* do Estado.

No Direito Administrativo, algumas teorias surgiram para tentar explicar as relações do Estado com seus agentes. Dentre elas, a mais aceita foi a *teoria do órgão*. Segundo essa teoria, “a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio dos órgãos, de tal modo que quando os agentes que os compõem manifestam a sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse”.⁴⁵

A pessoa jurídica estatal é formada por um conjunto de órgãos, definidos como “unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado”.⁴⁶

Esta definição é criticada por não explicar como o órgão, que não tem vontade própria, assim como o Estado, expressa a sua vontade, que seria a mesma vontade do Estado. De qualquer modo, tem sido aceita por ser menos falha que as definições que identificam, total ou parcialmente, os órgãos com os agentes públicos, vez que, por estas definições, em desaparecendo o funcionário, deixará de existir o órgão.⁴⁷

Pois bem, sendo o órgão tão-somente uma entidade *abstrata* delimitadora de atribuições, inviável uma identificação do órgão jurisdicional com a pessoa do juiz, ser

⁴⁴ MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18 ed. atual. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 72-73.

⁴⁵ DI PIETRO, M. S. Z. Ob. cit. p. 300.

⁴⁶ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 106.

⁴⁷ DI PIETRO, M. S. Z. Ob. cit. p. 301-302.

real, físico.⁴⁸ Subjaz à idéia de órgão a existência de agentes. Os órgãos prescindem dos agentes para o efetivo desempenho de suas atribuições. Órgão é o Juízo da Vara, a Câmara ou a Turma do Tribunal, não o magistrado.

Por fim, note-se que não procede qualquer tentativa de afastamento da regra do artigo 37, § 6.º, da Constituição com fundamento na localização do preceito. Não se discute que a referida norma se aplica aos agentes dos três Poderes. O simples fato de estar disposta em seção pertencente ao Capítulo VII (Da Administração Pública) não a restringe ao âmbito da administração *stricto sensu*. As normas ali dispostas têm caráter geral em relação às atividades do Estado. Ademais, a interpretação meramente topográfica é pobre para se atingir a *mens legis* do constituinte.

Destarte, o juiz está incluído na categoria dos *agentes públicos*, sendo o Estado responsável por atos de magistrados, conforme a regra inserta no artigo 37, § 6.º, da Constituição.

2.3 QUESTÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE QUANTO AOS ATOS PRATICADOS PELO MAGISTRADO

De um modo geral, é percebida uma evolução da doutrina, e mesmo da jurisprudência, no sentido de se admitir a responsabilidade do Estado por atos judiciais.

Porém, são ainda levantados alguns argumentos contra a responsabilidade extracontratual do Estado em decorrência de atos judiciais. Outros, contudo, vêm

⁴⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, com razão, ensina que para o ingresso e a concretização das atribuições congregadas no órgão “no mundo natural é necessário o concurso de seres físicos, prepostos à condição de *agentes*. O querer e o agir destes sujeitos é que são, pelo Direito, *diretamente* imputados ao Estado (manifestando-se por seus órgãos), de tal sorte que, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e seu agir são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo, do próprio Estado. Em suma, a vontade e a ação do Estado (manifestada por seus órgãos) são constituídas *na e pela* vontade e ação dos agentes; ou seja: Estado e órgãos que o compõem se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pessoas físicas atuam nesta posição de veículos de expressão do Estado” (Ob. cit. p. 106).

rebatê-los, propugnando a instituição da sanção. Nas linhas que seguem serão analisadas as principais questões e controvérsias acerca do tema.

Antes, entretanto, frise-se que alguns dos argumentos são desprovidos de maior relevância, vez que de inconsistência e debilidade flagrantes. São também, todavia, aventados pela doutrina e jurisprudência, razão pela qual devem ser igualmente mencionados, ainda que com menor detimento.

Como críticas superficiais à responsabilidade podem ser citados como exemplo dois argumentos: restrição da norma do artigo 37, § 6.º, da Constituição à Administração Pública; falibilidade do juiz enquanto ser humano.

Como já mencionado, ainda que rapidamente,⁴⁹ a regra constitucional acerca da responsabilidade do Estado, incluída no Capítulo da Constituição Federal relativo à Administração Pública, é de ampla aplicação. Não se mostra adequada, e tampouco suficiente, a interpretação topográfica. Aliás, não haveria sentido para se restringir a responsabilidade do Estado de forma a não incluir a resultante de atos praticados por juízes, negando à espécie a aplicação da norma constitucional para isentar o Estado e forçar a vítima a acionar o próprio magistrado. Como defende Aguiar Dias, “a Constituição, ao cogitar da responsabilidade do Estado, não permite indagação senão sobre a relação de causalidade entre o dano e o serviço público, não devendo haver privilégio para impunidade de um dano causado por ato classificado pelo próprio Judiciário como ilegalidade manifesta”.⁵⁰

Quanto à falibilidade do juiz, mencionada por Mário Guimarães, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, para quem “os juízes pagam tributo inexorável à falibilidade humana”,⁵¹ a mesma tese, se aceita, poderia ser invocada para os atos de qualquer indivíduo, agente público ou não. Pela falibilidade inerente, nenhum homem

⁴⁹ Ver item 2.2.

⁵⁰ DIAS, J. de A. Ob. cit. p. 611.

⁵¹ GUIMARÃES, M.. **O Juiz e a Função Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 239.

responderia mais pelos seus atos danosos, ao menos nos casos em que não haja dolo. Insustentável, portanto, o argumento.

Dentre as questões mais ponderadas sobre a responsabilidade, despontam a caracterização ou não do juiz como agente público, a “soberania” do Poder Judiciário, o comprometimento da imparcialidade no julgamento e a coisa julgada.

A alegação de estar prejudicada a responsabilidade do Estado por atos judiciais em virtude do não enquadramento do juiz como agente público já foi devidamente analisada em item específico.⁵²

A soberania, por sua vez, é atributo do Estado, e não do Poder Judiciário. Aliás, são características da soberania a unidade, a indivisibilidade e a inalienabilidade, além de ser imprescritível.⁵³ E mesmo que fosse possível atribuir a um dos Poderes do Estado a qualidade de “soberano”, “como considerar o Judiciário um Poder soberano sem situar no mesmo plano os outros dois Poderes? O Judiciário não é um superpoder colocado sobre os outros”.⁵⁴ Como bem salienta Sérgio Cavaliere Filho, “a prevalecer a tese da irresponsabilidade fundada na soberania do Judiciário, seria ela também aplicável ao Executivo, em relação ao qual ninguém mais admite o privilégio”.⁵⁵ O Poder Judiciário nada mais é do que uma das funções do Estado. Não tem soberania, visto que por função entende-se “a atribuição constitucional a órgãos do Estado de competência para exercer certa atividade”.⁵⁶

Ainda, podemos afirmar que a soberania é uma das qualidades mais

⁵² Ver item 2.2.

⁵³ DALLARI, D. de A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 81.

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2 ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 182.

⁵⁵ Idem, *ibidem*. p. 182-183.

⁵⁶ GUSMÃO, P. D. de. **Introdução ao Estudo de Direito**. 16 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 372.

importantes do poder do Estado, pois sem soberania não há Estado propriamente dito. Ligada ao poder estatal, reveste-se das características deste, dentre as quais a obediência às regras que limitam o perigo de seu exercício.⁵⁷ Assim, a soberania, ao contrário do que sustentam os que advogam a tese de irresponsabilidade estatal por atos judiciais, não é incompatível com a noção de responsabilidade. É errônea a assertiva de que “quando a soberania aparece, a responsabilidade cessa”.⁵⁸

A idéia de soberania como poder ilimitado, que norteou os Estados absolutistas, não encontra mais guarida. Observa Paulo Dourado de Gusmão: “com a secularização do poder e do direito, a soberania identifica-se como a autoridade absoluta do Estado sobre um território no qual está uma população. Poder limitado pelo direito por ele próprio promulgado (autolimitação). Daí se dizer ser poder autolimitado, isto é, limitado por si mesmo, por suas leis”.⁵⁹ A teoria da autolimitação foi definida por Georg Jellinek, para quem o Estado é limitado pelo Direito por ele mesmo formulado e reconhecido.⁶⁰ Destarte, deve ser o conceito de soberania mitigado em face do princípio do Estado de Direito, que fundamenta os Estados contemporâneos mais avançados jurídica e politicamente, dentre os quais o Brasil. E esse deve ser o ideal a se perseguir, como ensina Paulo Dourado de Gusmão, ao asseverar que “o ideal é o Estado de direito, isto é, o Estado submetido ao direito estável que possa servir de base para profecias de como decidirão as autoridades e os juízes”.⁶¹

Ademais, não se pode considerar o ato judicial um ato soberano, tomando-se a soberania com aquele sentido de poder ilimitado, uma vez que é requisito de

⁵⁷ DALLARI, D. de A. Ob. cit. p. 109-110.

⁵⁸ GUIMARÃES, M. Ob. cit. p. 240.

⁵⁹ GUSMÃO, P. D. de. Ob. cit. p. 368-369.

⁶⁰ Idem, ibidem. p. 364.

⁶¹ Idem, ibidem. p. 365.

validade do ato a fundamentação, ou, adotando-se uma nomenclatura típica do Direito Administrativo, a motivação. Se se quisesse atribuir ao juiz a soberania típica dos monarcas absolutistas, aquele não precisaria justificar o porquê de seu ato. A motivação (ou fundamentação) do ato, seja ele judicial ou administrativo, é um instrumento para o controle do próprio ato. E se há controle, há limites. A inobservância dos limites traçados pelo Direito, por sua vez, gera conseqüências, que podem variar da mera anulação do ato (conseqüência processual) até a responsabilidade penal daquele que praticou o ato. Dentro deste feixe de sanções está a responsabilidade extracontratual.

Não é, portanto, soberano o Poder Judiciário, bem assim seus órgãos e agentes: a soberania é um atributo exclusivo do Estado. Não obstante, ainda que se entenda pela existência de “soberania” na função jurisdicional, não se pode só por isso afastar a responsabilidade do Estado por atos judiciais, vez que a soberania não gera a irresponsabilidade, devendo ser conciliada com o princípio do Estado de Direito e, em conseqüência, com o princípio da legalidade. O Estado de Direito subordina-se à lei sem abdicar de sua soberania.⁶²

No que tange ao comprometimento da imparcialidade do juiz, pugnam os adeptos da irresponsabilidade que o exercício da jurisdição restaria comprometido caso o juiz, ao julgar, tivesse que responder pela decisão, sendo penalizado por eventual erro na aplicação do Direito. Atentar-se-ia, com a responsabilidade, contra a independência funcional dos julgadores. Nas palavras de Mário Guimarães, “se obrigados a ressarcir, de seu bolso, os danos causados, ficariam tolhidos, pelo receio do prejuízo próprio, na sua liberdade de apreciação dos fatos e de aplicação do Direito. Nem se coadunaria com a dignidade do magistrado, coagi-lo, a descer à arena, após a sentença, para discutir, como parte, o acerto de suas decisões”.⁶³

⁶² CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit. p. 183.

⁶³ GUIMARÃES, M. Ob. cit. p. 239-240.

Mas a respeito da imparcialidade, outro não deve ser o entendimento a prevalecer. Dois são os argumentos contrários que afastam a irresponsabilidade fundada na necessidade de não comprometimento da imparcialidade no julgamento. O primeiro, tal qual a questão da soberania, baseia-se no fato de que à mesma “pressão” estariam submetidos os agentes do executivo e do legislativo. O receio de ter que indenizar um eventual prejudicado atingiria da mesma forma, e talvez até com maior intensidade, um agente vinculado, por exemplo, ao Poder Executivo. E em relação a este, como já averbado, é pacífica a responsabilização. Outro contra-argumento reside no sujeito responsável. Quem responde pelos atos judiciais perante o lesado é o Estado, não o juiz. José de Aguiar Dias, nesse sentido, afirma que “a independência dos magistrados não explica a imunidade, pois não há oposição entre ela e a responsabilidade do Estado. Esta não atinge a independência funcional dos juízes”.⁶⁴ Pondera Sérgio Cavalieri Filho, por seu turno, que “a independência dos magistrados também não explica a irresponsabilidade estatal, justificando, quando muito, a irresponsabilidade pessoal do juiz. Entre a responsabilidade do Estado e a independência do juiz não há qualquer incompatibilidade”.⁶⁵

Por fim, resta analisar o mais forte dos argumentos: a ofensa à coisa julgada. Coisa julgada é o efeito de imutabilidade que a lei confere à sentença irrecorrível. Confere à sentença uma presunção de verdade incontestável. Apresenta como fundamento lógico e social a exigência de estabilidade das relações jurídicas.⁶⁶ Decorre da idéia de segurança jurídica, e sua proteção é prevista no inciso XXXVI do artigo 5.º da Constituição Federal.

Reportamo-nos em específico à coisa julgada material, isto é, à que implica

⁶⁴ DIAS, J. de A. Ob. cit. p. 643.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit. p. 183.

⁶⁶ GRECO FILHO, V. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. v 1, p. 54.

em imutabilidade dos efeitos da sentença que se projetam para fora do processo.⁶⁷ Em havendo coisa julgada material, “não se poderá discutir, mesmo em outro processo, a justiça ou injustiça da decisão, porque é preferível uma decisão eventualmente injusta do que a perpetuação dos litígios”.⁶⁸

Efetivamente, é inviável a responsabilização do Estado pelo erro judiciário contido em sentença havida como imutável pela incidência da coisa julgada. Admitir a responsabilidade nestes casos implicaria em se aceitar também a possibilidade de alteração daquilo que já foi cristalizado pela *res judicata*. Caso contrário, poderia ocorrer de serem devidas sucessivas indenizações pelo mesmo fato danoso, vez que os efeitos da sentença, em determinados casos, podem se prostrar no tempo. Outrossim, em se anulando (ou compensando) os danos decorrentes dos efeitos da sentença revestida pelo manto da coisa julgada, estar-se-ia negando, ainda que de forma indireta, os efeitos da decisão. A sentença perderia a sua eficácia. Ao tornar imutável a sentença, a coisa julgada visa, em última análise, a possibilitar que esta sentença produza todos os seus efeitos. De nada adiantaria reconhecer a imutabilidade do texto da sentença mas negar a sua eficácia. Conforme José Cretella Júnior, “reclamar do Estado uma indenização por essa decisão inalterável seria iniciar um novo litígio sobre a questão já ultimada por uma sentença passada em julgado”.⁶⁹

Seguindo essa linha de raciocínio, discordamos, respeitosamente, de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Para a autora, “o fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial”.⁷⁰ Sustenta a administrativista que nesses casos as partes permanecem vinculadas aos efeitos da coisa julgada, pelo que não há ofensa a esta, ocorrendo

⁶⁷ GRECO FILHO, V. Ob. cit. v 2, p. 247.

⁶⁸ Idem, ibidem. p. 247.

⁶⁹ CRETELLA JÚNIOR, J. Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 99, p. 13-32, jan./mar. 1970. p. 20.

⁷⁰ DI PIETRO, M. S. Z. Ob. cit. p. 365.

apenas a obrigação do Estado, estranho à lide, a indenizar os prejuízos experimentados por uma das partes em virtude de erro judiciário.⁷¹

Com a devida vênia, a conclusão da ilustre autora não merece acolhida. É absolutamente incompatível que, em relação à mesma pessoa (parte), se reconheça o erro jurisdicional, no que é fundamentada a indenização, e se mantenha a presunção de certeza do direito decidido na sentença, por força da coisa julgada material. A responsabilidade, nestes casos, pressupõe necessariamente a má aplicação do direito, e não a certeza, ainda que presumida, de sua correição.

Não obstante, como conclui José de Aguiar Dias, “o argumento da coisa julgada tem valor relativo, limitado à presunção de verdade que dela emana. Se não há coisa julgada, ou se esta é desfeita pelos meios competentes, não há como invocá-la”.⁷² *A priori*, portanto, em pelo menos duas situações não se poderia invocar a coisa julgada para afastar a responsabilidade do Estado por atos judiciais: 1) nos danos decorrentes de atos não abrangidos pelos efeitos da coisa julgada; e 2) nas hipóteses em que a coisa julgada pode ser afastada para se modificar a sentença.

Quanto aos primeiros, diversos são os atos praticados no curso do processo que não abrangidos pelos efeitos da coisa julgada. A coisa julgada possui limites objetivos. “O que faz coisa julgada material é o dispositivo da sentença, a sua conclusão”.⁷³ As decisões sobre questões incidentes ocorridas no curso do processo, em regra, não recebem os efeitos atribuídos pela coisa julgada. Atos de mero expediente, por maioria de razão, também estão excluídos. Da mesma forma as medidas cautelares e executivas, que pela própria natureza não são submetidas aos efeitos da coisa julgada. E assim tantos outros atos judiciais.⁷⁴

⁷¹ *Idem*, *ibidem*. p. 365.

⁷² DIAS, J. de A. *Ob. cit.* p. 643.

⁷³ GRECO FILHO, V. *Ob. cit.* v. 2, p. 249.

⁷⁴ Vicente Greco Filho (*Ob. cit.* v. 2, p. 247-248) enumera alguns casos não abrangidos pela coisa julgada, *verbis*:

Por outro lado, a coisa julgada, em algumas situações, pode ser desconstituída, possibilitando a alteração da sentença. A lei prevê, tanto em causas criminais quanto nas cíveis, os casos nos quais isto é possível. O Código de Processo Civil estabelece um rol de hipóteses em que é cabível ação rescisória em seu artigo 485 e, no artigo 486, esclarece que “os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”.

No que concerne à matéria criminal, dispõe o Código de Processo Penal acerca da revisão das decisões, arrolando os casos passíveis de revisão (artigo 621) e averbando que as revisões poderão ser intentadas em qualquer tempo (artigo 622, *caput*). Ademais, a própria Constituição impõe ao Estado, em cláusula pétrea (artigo 5.º, inciso LXXV), o dever de indenizar o condenado por erro judiciário e o preso que permanecer em cárcere além do tempo fixado na sentença, no que é acompanhada pelo diploma processual penal, que também prevê casos em que é admitida a indenização (artigo 630).

Pertinente às considerações sobre as hipóteses de afastamento dos efeitos da coisa julgada é a lição de Alcino de Paula Salazar, citado por Cretella Júnior, ao fazer o seguinte comentário:

“(...) se a decisão judicial de que não caiba recursos ordinários é ilegal e causou prejuízos,

“Não fazem, portanto, coisa julgada material as sentenças que extinguem o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, e, salvo no caso de seu inc. V, a ação pode ser repetida, sanado o defeito que impediu o julgamento do mérito.

Por razões decorrentes da natureza das relações jurídicas discutidas, não fazem, também, coisa julgada material: I – as sentenças chamadas determinativas, que decidem algumas relações de ordem pública em que o juiz integra com sua vontade a vontade concreta da lei (nas sentenças em geral o juiz apenas aplica a vontade concreta da lei). Como exemplo de sentença determinativa que pode ser modificada estão as sentenças relativas à guarda de filhos; II – as sentenças proferidas em ações de alimentos, que podem ser modificadas se houver alteração da condição do alimentante ou do alimentado; III – as sentenças proferidas em jurisdição voluntária, as quais podem ser modificadas (art. 1.111) se ocorrerem circunstâncias supervenientes, sem prejuízo dos efeitos já produzidos; IV – as sentenças, em geral, proferidas em casos de relações jurídicas continuativas, quando sobrevém modificação no estado de fato ou de direito, caso em que a parte pode pedir a revisão do que foi estatuído na sentença (art. 471, I).

Há casos de tratamento especial da coisa julgada, como, por exemplo, na ação popular, na qual é possível a repetição da demanda se a ação foi julgada improcedente por deficiência de provas (Lei n.4.717/65, art. 18) e nas ações coletivas (Lei n. 8.078, c/c a Lei n. 7.347/85)”.

estes não podem ser reclamados, a menos que se rescinda tal decisão por meio processual competente. Se a hipótese for, entretanto, de coisa julgada *soberanamente* julgada, isto é, insusceptível já de recursos e de procedimento rescisório, então a exceção é irremediável. Assim, decorrido o prazo prescricional da ação rescisória da sentença, desaparece, só então, a possibilidade de se obter reparação de danos resultantes do julgado”.⁷⁵

Sendo possível a rescisão ou revisão do julgado, não há óbices à responsabilidade do Estado.

A par das duas situações em que a coisa julgada não obstaculiza a responsabilidade do Estado (atos não abrangidos pela coisa julgada e casos de revisão ou rescisão de julgado), cabe mencionar a precisa observação que faz José de Aguiar Dias, citando Duez:

“Pode suceder até que a outorga dessa indenização resulte em homenagem àquele princípio (da coisa julgada). Suponha-se uma sentença de absolvição. O indivíduo por ela beneficiado fundará seu pedido de indenização precisamente na autoridade da coisa julgada. Esta só será obstáculo à reparação em face de condenação preexistente. Neste caso, só mediante prévia revisão será possível pleitear a indenização. Mas aqui também, uma vez que a revisão seja deferida, já não há que considerar a coisa julgada expressa na sentença condenatória, mas, como no primeiro exemplo, a autoridade da coisa julgada da sentença de absolvição”.⁷⁶

Ademais, deve-se ter em conta que a coisa julgada material também possui limites subjetivos. “A imutabilidade dos efeitos (da sentença), que é a coisa julgada, só atinge as partes”.⁷⁷ No entanto, os efeitos da sentença podem atingir terceiros, vindo inclusive a causar danos a estes. Uma vez que terceiros, juridicamente interessados e não submetidos aos efeitos da coisa julgada, podem promover uma ação própria com o desiderato de ver o seu direito assegurado, ainda que para isso seja necessária uma sentença contraditória com a anterior, não há porque lhes negar o direito a indenização por eventual ato judicial danoso, desde que presentes os requisitos da

⁷⁵ CRETELLA JÚNIOR, J. Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 99, p. 13-32, jan./mar. 1970. p. 24.

⁷⁶ DIAS, J. de A. Ob. cit. p. 634.

⁷⁷ GRECO FILHO, V. Ob. cit. v. 2, p. 251.

responsabilidade.⁷⁸

Por todos os argumentos expostos sobre coisa julgada, podemos concluir que são excluídos da responsabilidade por atos judiciais apenas os danos oriundos de decisões que receberam os efeitos da coisa julgada material, restritas estas decisões às que não podem ser submetidas à revisão ou rescisão, e somente em relação àqueles vinculados à coisa julgada.

⁷⁸ Um exemplo, citado por Vicente Greco Filho (Ob. cit. v. 2, p. 252), é o do “dono de um imóvel que toma conhecimento de que seu bem foi objeto de ação reivindicatória entre outros e o autor ganhou a demanda e, portanto, a declaração de propriedade do imóvel: neste caso o terceiro, que não é atingido, como se disse, pela imutabilidade da coisa julgada, tem ação própria (ou teria a oposição dependendo da época do seu conhecimento) para pleitear o seu direito contra o que se diz atualmente dono, ação, aliás, da mesma natureza da que gerou a sentença sobre o bem. Observe-se que o terceiro nesta situação não irá rediscutir a sentença anterior, nem pretender desfazê-la, mas sim obter uma nova que proclame o seu direito próprio”.

3. A RESPONSABILIDADE POR ATOS JUDICIAIS FACE ÀS TEORIAS DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO

3.1 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE ESTATAL

A teoria da irresponsabilidade do Estado (ou ainda teoria regalista, regaliana ou feudal) foi a primeira a vigorar como regra no âmbito do Direito Público. Foi típica dos Estados absolutistas.⁷⁹ Sua concepção foi sintetizada nas frases: “*Le roi ne peut mal faire*” (França) e “*The King can do no wrong*” (Inglaterra),⁸⁰ dentre outras.

Mesmo a teoria da irresponsabilidade, entretanto, não negava de modo absoluto o direito à indenização pelo dano proveniente do desempenho das funções estatais. O que não se admitia era a imputação, direta ou indireta, do dano ao Estado. O Estado, por visar à tutela do Direito, não poderia causar danos. Os atos prejudiciais eram imputados apenas ao funcionário que, então, deixava de representar o Estado, agindo como particular com excesso de representação.⁸¹

Sendo característica do absolutismo, à medida em que este foi perdendo espaço a teoria também perdeu força e adeptos. No Brasil, aliás, a irresponsabilidade plena nunca logrou aceitação. Doutrina, jurisprudência e até mesmo legisladores combateram a teoria. Julgados e leis excepcionavam, mesmo antes do advento da República, alguns casos quanto ao princípio da irresponsabilidade.⁸²

“A irresponsabilidade do Estado”, como salienta José de Aguiar Dias, “é

⁷⁹ CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 85.

⁸⁰ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 807.

⁸¹ CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 85.

⁸² SIQUEIRA, B. L. W. O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Patrimonial do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 219, p. 91-105, jan./mar. 2000. p. 94.

possível dizê-lo com absoluta segurança, é doutrina destinada a desaparecer”.⁸³ Sobretudo após a implementação do Estado de Direito, como já explicitado antes (ver 2.1), que sucedeu aos Estados Absolutistas, tornou-se insustentável a manutenção do princípio da irresponsabilidade estatal. O Estado, enquanto sujeito de direitos, também se submete a obrigações.⁸⁴ Seria mesmo um contra-senso, como sugere Sérgio Cavalieri Filho:

“A teoria da irresponsabilidade era a própria negação do direito. De fato, se no Estado de Direito o Poder Público também se submete à lei, a responsabilidade estatal é simples corolário, consequência lógica e inevitável dessa submissão. Como sujeito dotado de personalidade, o Estado é capaz de direitos e obrigações como os demais entes, inexistindo motivos que possam justificar a sua irresponsabilidade. Se o Estado é o guardião do Direito, como deixar ao desamparo o cidadão que sofreu prejuízos por ato do Estado?”⁸⁵

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, foi um marco divisor entre os princípios da irresponsabilidade e da responsabilidade do Estado o aresto proferido, pelo Tribunal de Conflitos, no famoso caso *Blanco*, em 1873. Como precursor que foi, nele a responsabilidade do Estado era reconhecida ainda com inúmeras limitações, mas teve grande relevância para o reconhecimento da responsabilidade independentemente de expressa previsão legal.⁸⁶

Atualmente até mesmo os Estados Unidos e a Inglaterra, tradicionais adeptos da irresponsabilidade estatal, admitem a responsabilidade do Estado, o primeiro através do *Federal Tort Claims Act*, de 1946, e a segunda pelo *Crown Proceeding Act*, de 1947.

Apesar de toda a evolução teórica, persistem ainda alguns focos doutrinários e jurisprudenciais invocando o princípio da irresponsabilidade quanto aos atos legislativos e judiciais. No entanto, como já demonstrado, deve o Estado responder

⁸³ DIAS, J. de A. Ob. cit. p. 558.

⁸⁴ Idem, ibidem. p. 559.

⁸⁵ CAVALIERI FILHO, S. Ob. cit. p. 158.

⁸⁶ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 808.

pelos danos decorrentes de atos judiciais.⁸⁷ Ressalte-se, ainda, que inexistente norma afastando expressamente a responsabilidade do Estado por atos judiciais.

Aliás, não obstante a infundada rejeição, até mesmo alguns autores que pugnam pela irresponsabilidade quanto aos atos judiciais reconhecem a injustiça proporcionada, em alguns casos, pela adoção de tal posicionamento. É o que demonstra, por exemplo, Mário Guimarães: “Há reconhecer que corresponde a indenização, em certos casos, a um reclamo da Justiça. Se existe um serviço organizado para a coletividade, e esse serviço falha, causando, com isso, prejuízo a alguém, não é justo que a vítima arque, sozinha, com as conseqüências, do mau serviço. Natural é que seja o ônus repartido por toda a coletividade”.⁸⁸

No atual estágio do Direito, não se tolera mais privilégios estatais em detrimento de direitos individuais. A irresponsabilidade do Estado não se coaduna com a modernidade jurídica. Defender a tese regaliana é negar toda a evolução do Direito e as conquistas de direitos e garantias dos administrados. Qualquer atividade do Estado, incluída aí a jurisdicional, em causando dano, ensejará a responsabilidade do ente público.

3.2 TEORIAS DE RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO

Com o declínio da tese da irresponsabilidade estatal, sucederam a esta as teorias fundadas na culpa, isto é, de responsabilidade subjetiva. Num primeiro momento, socorreu-se do Direito Civil para justificar a responsabilidade do Estado. Mais tarde foi desenvolvida uma teoria publicista de responsabilidade subjetiva, afastando o regime de direito privado e admitindo uma culpa “despersonalizada”, a “culpa” do serviço (“*faute du service*”).

As teorias civilistas, também já superadas, adotavam, como dito, os

⁸⁷ Ver item 2.

⁸⁸ GUIMARÃES, M. Ob. cit. p. 247-248.

princípios do Direito Civil. Tentou-se inicialmente, nessa fase, estabelecer uma diferenciação entre os atos de império e os atos de gestão. Assim, enquanto os primeiros estariam fora do âmbito da responsabilidade, porque praticados com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade, os segundos, praticados pelo Estado numa situação de paridade com o particular, seriam sujeitos às normas do Direito comum, isto é, do Direito Civil.⁸⁹ A teoria não logrou êxito, sendo logo rechaçada por seus inúmeros inconvenientes, principalmente a dificuldade, havida em inúmeras situações, de se distinguir atos de império de atos de gestão. Outra modalidade de teoria civilista é a que equipara a responsabilidade do Estado à do patrão, que responde pelos atos de seus empregados ou prepostos.⁹⁰ O Estado, assim, responderia pelos atos danosos de seus funcionários, não por ser ele próprio (o Estado) culpado, mas sim pela culpa de seus “empregados”. Tal concepção de responsabilidade encontrou ressonância no artigo 15 do Código Civil de 1916.⁹¹ Conforme a norma civil, a responsabilidade fundada na culpa do funcionário poderia se originar de atos ilícitos ou de omissões quanto aos deveres legais.

Atualmente, a responsabilidade extracontratual do Estado é concebida como um instituto publicístico, e, como tal, regido pelas normas e princípios do Direito Público. Nesse diapasão, a primeira forma de responsabilidade concebida foi a proveniente da teoria da culpa do serviço (“*faute du service*”).

A teoria da culpa do serviço é caracterizada pela *culpa anônima*. Vale dizer, não é mais necessário que se identifique um agente estatal a quem se possa imputar a autoria do fato danoso. É até mesmo dispensável que haja algum funcionário a quem se possa atribuir uma conduta danosa. Na lição de Di Pietro, “a teoria da *culpa do*

⁸⁹ DI PIETRO, M. S. Z. Ob. cit. p. 357.

⁹⁰ Idem, ibidem. p. 358.

⁹¹ Note-se que a idéia inserida no artigo 15 do Código Civil de 1916 corresponde à responsabilidade subjetiva por fato de terceiro. Assim, pressupõe a existência de dois agentes: o agente causador do dano (o funcionário) e o agente responsável pela indenização (o Estado).

serviço, também chamada de *culpa administrativa*, ou *teoria do acidente administrativo*, procura desvincular a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário. Passou a falar em culpa do serviço público”.⁹² Isso não significa dizer que nunca exista um agente específico a quem se possa atribuir a culpa. Haver ou não um *agente* culpado, de forma individualizada, porém, é irrelevante para a caracterização da responsabilidade. Esta condiciona-se apenas à comprovação de que o serviço não foi prestado, que foi mal prestado ou que foi prestado com atraso, bem como o dano daí decorrente.

A teoria surgiu na França, onde a noção de “*faute du service*” superou a idéia de “*faute personnelle*”. Segundo Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, “abandona-se a figura isolada do agente para fazer repousar a responsabilidade numa abstração, é dizer, no serviço”.⁹³ Ainda, segundo os autores, “a culpa passa a ser do serviço, expressão esta que é utilizada metaforicamente porque, a rigor, o serviço não é passível de culpa”.⁹⁴ Evidentemente que a culpabilidade é pessoal. Não se pode atribuir a culpa a uma atividade, mas sim ao encarregado da atividade. Criou-se a ficção da “culpa do serviço”, entretanto, pela dificuldade, senão impossibilidade, de, em alguns casos, identificar-se no aparelho estatal o agente (ou agentes) culpado pelo fato danoso, dificuldade que se deve à extrema complexidade do aparelho estatal.

Hely Lopes Meirelles sinaliza que a teoria da culpa administrativa representa um estágio de transição entre a teoria subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo, perquirindo-se a falta objetiva do serviço em si mesmo considerado.⁹⁵

De qualquer sorte, a responsabilidade subjetiva, seja de que modalidade for,

⁹² DI PIETRO, M. S. Z. Ob. cit. p. 358.

⁹³ BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3, tomo III, p. 170.

⁹⁴ Idem, *ibidem*. p. 170.

⁹⁵ MEIRELLES, H. L. Ob. cit. p. 554-555.

pressupõe sempre uma ilicitude,⁹⁶ e o procedimento ilícito, culposo ou doloso, pode consistir “em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto”.⁹⁷ Ilicitude é contrariedade ao Direito. Ora, o Direito só poderá ser violado se alguém, por imprudência, imperícia, negligência ou de forma deliberada, com consciência e vontade, assim o fizer. Por isso que só os fatos jurídicos decorrentes de ações e omissões de pessoas podem ser ilícitos. Ademais, como já averbado,⁹⁸ a responsabilidade decorrente de atos ou omissões ilícitas deriva do princípio da legalidade, um dos corolários da concepção de Estado de Direito.

A responsabilidade por culpa do serviço não se confunde com a responsabilidade objetiva. O caráter subjetivo da responsabilidade deve-se à necessidade da culpa *lato sensu*, e não da individualização do sujeito responsável. Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece com exatidão a diferenciação entre responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva, *verbis*:

“Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) *legalmente exigíveis*, de tal sorte que *o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido*”.⁹⁹

O mesmo autor defende que a teoria da responsabilidade subjetiva é a única aplicável aos danos causados por omissão ou ineficiência do Estado, visto que, nesses casos, a responsabilidade surgirá sempre de um comportamento ilícito.¹⁰⁰ Ressalta que a omissão ou deficiência do serviço público se afigura, a rigor, como condição do dano, e não a sua causa. Como diferencia o insigne administrativista, “causa é o fator

⁹⁶ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 817.

⁹⁷ Idem, *ibidem*. p. 808.

⁹⁸ Ver item 2.1.

⁹⁹ Idem, *ibidem*. p. 811.

¹⁰⁰ Idem, *ibidem*. p. 819.

que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado”.¹⁰¹

A teoria da culpa do serviço é integralmente aplicável aos danos provenientes de atos judiciais. A prestação jurisdicional sem dúvida tem a natureza de um serviço. Ademais, é uma atividade exclusiva do Estado, donde o seu caráter público. Sendo assim, nada mais lógico que o Poder Público responda pelos danos que terceiros sofram em virtude da não prestação jurisdicional, da má prestação jurisdicional, ou ainda de uma prestação jurisdicional tardia.

Também já não se discute mais, no atual estágio da responsabilidade do Estado, se o agente porventura identificado como culpado agiu ou não com abuso de poder, ou ainda se estava ou não regularmente investido no cargo. Basta que o agente tenha atuado em nome do Estado. Nesse sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual “acarretam responsabilidade do Estado não só os danos produzidos no próprio exercício da atividade pública do agente, mas também aqueles que só puderam ser produzidos graças ao fato de o agente prevalecer-se da condição de agente público”.¹⁰² Destarte, atos judiciais praticados por juiz “de fato” ou por juiz incompetente também geram responsabilidade do Estado.

A responsabilidade estatal por atos judiciais é decorrência imediata do princípio da legalidade. Não se limita, portanto, às hipóteses previstas no artigo 133 do Código de Processo Civil, no artigo 630 do Código de Processo Penal,¹⁰³ no artigo 49

¹⁰¹ Idem, *ibidem*. p. 820. A afirmação procede na medida em que Celso Antônio Bandeira de Mello confunde a responsabilidade objetiva com a teoria do risco administrativo. O autor desconsidera a teoria do risco integral, ignorando-a em sua obra. Pela doutrina do risco integral o Estado responde objetivamente, e sem qualquer possibilidade de atenuante ou excludente, inclusive por sua atitude omissiva. É o que ocorre, aliás, nos dois casos passíveis de responsabilidade objetiva por risco integral previstos no ordenamento jurídico pátrio: danos decorrentes de atividades nucleares (artigo 21, XXIII, “c”, da Constituição Federal) e danos advindos de atos terroristas contra aeronaves brasileiras (Lei n.º 10309/01).

¹⁰² MELLO, C. A. B. de. *Ob. cit.* p. 815.

¹⁰³ Quanto à norma constante na alínea “b” do § 2.º do artigo 630 do Código de Processo Penal, que nega indenização em caso de acusação privada, não foi recepcionada pela Constituição Federal de

da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, e no artigo 5.º, LXXV, da Constituição Federal. Como averba José de Aguiar Dias, “não se justifica a exigência de um texto especial que estabeleça a responsabilidade civil da Fazenda Pública por atos dos juízes”¹⁰⁴.

Plenamente aplicável aos danos decorrentes de atos judiciais, portanto, é a responsabilidade subjetiva, nos moldes da teoria da culpa do serviço. O ato jurisdicional ilícito que causa dano a alguém implica em responsabilidade subjetiva do ente público. A reparação do dano é imposta ao Estado com espeque no princípio da legalidade. A responsabilidade é a consequência jurídica da violação do Direito.

3.3 TEORIAS DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

Modernamente, dando seqüência à evolução das teorias publicistas acerca da responsabilidade extracontratual do Estado, surgiram as teorias do risco administrativo e do risco integral. Ambas sustentam a responsabilidade objetiva do Estado. Foram formuladas após a teoria da culpa do serviço, mas sem repeli-la. Ao contrário, as teorias objetivas vieram a complementar a responsabilidade pública, que antes se verificava apenas mediante a existência de culpa.

Pois bem, como cediço, a responsabilidade objetiva prescinde da demonstração de culpa. Para a teoria do risco administrativo, deixa-se de lado a “culpa” do serviço para considerar apenas o “fato” do serviço.¹⁰⁵ Assim, não é necessário que o ato seja ilícito para configurar a responsabilidade do Estado. Havendo um dano ao administrado, um ato ou atividade do Estado e um nexo causal entre ambos, surge a responsabilidade objetiva estatal. “Nessa teoria (da responsabilidade objetiva) a idéia de culpa é substituída pela de nexo de *causalidade* entre o

1988. Com efeito, uma norma infraconstitucional não pode limitar o alcance de um princípio constitucional que estabelece uma garantia aos cidadãos-jurisdicionados.

¹⁰⁴ DIAS, J. de A. Ob. cit. p. 642.

¹⁰⁵ MEIRELLES, H. L. Ob. cit. p. 555.

funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular”.¹⁰⁶

A teoria do risco administrativo se fundamenta, em última análise, no princípio da igualdade, o qual decorre, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello, da noção de Estado de Direito.¹⁰⁷ Como corolário do princípio da isonomia tem-se na esfera pública o princípio distributivo¹⁰⁸ ou princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.¹⁰⁹ Funda-se esse princípio na idéia de igualdade nos encargos (tal como ocorre quanto aos direitos), de divisão de cotas de sacrifício.

A divisão de encargos para o proveito de correspondente benefício à comunidade contempla, pode-se dizer, uma idéia de equidade, do mais intuitivo senso de justiça comunitária. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, “é de lembrar que os danos causados pelo Estado resultam de comportamentos produzidos a título de desempenhar missões no interesse de toda a Sociedade, não sendo equânime, portanto, que apenas algum arque com os prejuízos suscitados por ocasião de atividades exercidas em proveito de todos”.¹¹⁰ E, como o princípio só se aplica aos danos surgidos como condição ou necessidade do bem comum, consoante se depreende da lição de Amaro Cavalcanti, citado por José de Aguiar Dias,¹¹¹ não se há de falar em direito de regresso do Estado.

O princípio da igualdade dos administrados face aos encargos públicos, embora inserto também nas hipóteses de responsabilidade estatal fundada na culpa, apresenta-se como viga mestra da responsabilidade pelo risco administrativo. A teoria

¹⁰⁶ DI PIETRO, M. S. Z. Ob. cit. p. 359.

¹⁰⁷ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 813.

¹⁰⁸ DIAS, J. de A. Ob. cit. p. 577.

¹⁰⁹ DI PIETRO, M. S. Z. Ob. cit. p. 358.

¹¹⁰ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 803-804.

¹¹¹ DIAS, J. de A. Ob. cit. p. 579.

do risco administrativo só é possível com a aceitação do princípio distributivo dos encargos públicos. Negando-se o princípio, insustentável se torna a teoria. Já nos casos de culpa o fator determinante da responsabilidade, mesmo sem afastar a idéia distributiva, é a culpa *lato sensu*, que é suficiente de per si para a caracterização da responsabilidade subjetiva. Por outro lado, a culpa pressupõe a ilicitude do fato, o que afronta o princípio da legalidade. Então, em suma, pode-se dizer que o princípio fundante imediato da responsabilidade objetiva do Estado é o princípio distributivo (ou da igualdade das pessoas quanto aos encargos públicos), e o da responsabilidade subjetiva é o princípio da legalidade.

Hely Lopes Meirelles, acerca da teoria do risco administrativo, assim leciona:

“Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no *risco* que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes dessa doutrina (...)”.¹¹²

No mesmo sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem o fundamento da responsabilidade por risco (objetiva) é o proveito, o locupletamento à custa alheia.¹¹³ E este proveito reside no fato de a sociedade, como um todo, auferir do ato um bem em detrimento dos interesses de determinado particular.

José de Aguiar Dias ressalta que o princípio abstrato da igualdade dos indivíduos quanto aos encargos públicos representa o princípio básico do Direito Público nas democracias.¹¹⁴ Por seu turno, Duez, citado por Aguiar Dias, caracteriza a violação do princípio da igualdade. Para ele, “todo prejuízo anormal, excepcional,

¹¹² MEIRELLES, H. L. Ob. cit. p. 555.

¹¹³ MELLO, O. A. B. de. Ob. cit. p. 485.

¹¹⁴ DIAS, J. de A. Ob. cit. p. 605.

exorbitante pela sua própria natureza ou por sua importância, os incômodos e sacrifícios correntes exigidos pela vida em sociedade e pela manutenção pacífica dessa sociedade, devem ser considerados como violação da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos”.¹¹⁵ Ressaltem-se os predicados necessários para que o prejuízo seja indenizável por esse princípio. Apenas os danos de monta, isto é, cuja anormalidade e exorbitância se revelem por sua qualidade ou quantidade, são ensejadores da responsabilidade objetiva por risco administrativo.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ainda, “a responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito¹¹⁶ pressupõe sempre ação positiva do Estado”,¹¹⁷ ato comissivo. O insigne autor é acompanhado por Celso Antônio Bandeira de Mello,¹¹⁸ pelas razões já expostas no item anterior (ver 3.2).

De outra parte, a responsabilidade por risco administrativo, cumpre reforçar, tem como requisito fundamental o nexo causal entre a atividade estatal e o dano. “Nexo de causalidade é o vínculo, o elo de ligação entre a atividade estatal e o dano produzido a terceiro”.¹¹⁹ Não havendo liame entre causa e efeito não existe a responsabilidade por risco administrativo.

A teoria do risco administrativo foi adotada pelo § 6.º do artigo 37 da Constituição Federal.¹²⁰ Uma vez que o Estado responde por danos e *apenas* em caso de culpa do funcionário terá direito de regresso contra este, depreende-se que mesmo não havendo culpa responde o Estado. Conforme Di Pietro, “parte-se da idéia de que, se o dispositivo só exige culpa ou dolo para o direito de regresso contra o *funcionário*,

¹¹⁵ *Idem*, *ibidem*. p. 605.

¹¹⁶ Expressão equivalente a *teoria do risco administrativo*.

¹¹⁷ MELLO, O. A. B. de. Ob. cit. p. 487.

¹¹⁸ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 819.

¹¹⁹ SIQUEIRA, B. L. W. Ob. cit. p. 96.

¹²⁰ Nesse sentido: MEIRELLES, H. L. Ob. cit. p. 558; e DI PIETRO, M. S. Z. Ob. cit. p. 360.

é porque não quis fazer a mesma exigência para as pessoas jurídicas”.¹²¹

Não obstante, e contrariamente ao que defende Celso Antônio Bandeira de Mello,¹²² a responsabilidade objetiva refere-se apenas aos atos lícitos. Originando-se o dano de um ato ilícito do Poder Público a responsabilidade será subjetiva. Isso porque o ato administrativo, para ser ilícito, deve ter assento numa conduta culpável, ainda que a culpa seja presumida. Se o dano provém de um ato público lícito, o Estado, mesmo comprovando não ter culpa, terá que indenizar o lesado. Se, contrariamente, o dano, para ser juridicamente caracterizado, pressupor um ato ilícito, estar-se-á diante de responsabilidade subjetiva. Poderá o Estado, neste caso, se eximir da responsabilidade se o autor, devendo comprovar a culpa (culpa simples ou comum), assim não o faz, ou se o Estado demonstrar a ausência de culpa do serviço, nos casos de inversão de ônus probatório (culpa presumida).

Aplicando-se a teoria do risco administrativo à atividade jurisdicional percebe-se que, embora menos comum, é possível responsabilizar objetivamente o Estado por atos judiciais, com fulcro na teoria do risco administrativo. É dizer, pode ocorrer que um ato judicial praticado com estrita observância de todos os requisitos legais e com total diligência do magistrado venha a causar dano ao jurisdicionado.

A atividade jurisdicional é desenvolvida pelo Estado e pode servir a um interesse de toda a sociedade. Se da atividade jurisdicional resultar um proveito a toda a coletividade, deve a sociedade, através do Estado, responder quando, no regular exercício da jurisdição, for causado um dano injusto a determinado particular. O serviço, conforme o caso, pode ser desenvolvido no interesse de todos, e a idéia do risco-proveito demonstra-se plenamente compatível com essa situação.

Destarte, não se pode negar indenização por danos patrimoniais e morais sofridos por aquele que teve sua prisão preventiva decretada com estrita observância

¹²¹ DI PIETRO, M. S. Z. Ob. cit. p. 360.

¹²² MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 811.

de todas as normas legais, quando, *a posteriori*, é verificado que o encarcerado não praticou o crime que lhe era imputado. Seguindo o mesmo raciocínio, devem ser reparados os prejuízos suportados por alguém em decorrência de seu nome constar em certidão positiva de processos criminais, como indiciado ou réu, quando os processos, regularmente instaurados, resultam no não reconhecimento do crime.

Nesses casos o Estado deve responder objetivamente pelos danos, com espeque na teoria do risco administrativo. Com efeito, os danos oriundos das hipóteses citadas, todos injustamente produzidos, devem ser amortizados por toda a sociedade, por meio do patrimônio público, como impõe o princípio da distribuição dos ônus e encargos sociais. Todas as medidas exemplificadas teriam sido tomadas com vistas ao atendimento de interesses públicos. E, como observa Lucia Valle Figueiredo com precisão, “se determinada conduta administrativa”, e o mesmo vale para a jurisdicional, “necessária ao implemento de finalidades públicas, causar dano, terá o lesado o direito de ser ressarcido”.¹²³

Há, porém, outra modalidade de responsabilidade objetiva do Estado, que se baseia na teoria do risco integral. Essa teoria, embora não reconhecida por toda a doutrina, é bem caracterizada por Hely Lopes Meirelles. Conforme o administrativista, “a *teoria do risco integral* é a modalidade extremada da doutrina do *risco administrativo*”. E prossegue o autor: “Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima”.¹²⁴ Conforme essa teoria, portanto, ficam afastadas todas as excludentes e atenuantes da responsabilidade estatal.

A teoria do risco integral também se fundamenta no princípio distributivo, no princípio da solidariedade social.

Conforme já mencionado linhas acima, o ordenamento jurídico pátrio

¹²³ FIGUEIREDO, L. V. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 234.

¹²⁴ MEIRELLES, H. L. Ob. cit. p. 556.

adotou, como regra, para a responsabilidade objetiva do Estado, no que tange aos danos provenientes de atos lícitos, a teoria do risco administrativo. Isso não significa, porém, negação à teoria do risco integral. Apenas que, dada a sua excepcionalidade, fica a aplicabilidade da teoria do risco integral subordinada à expressa previsão legal (ou constitucional).

Atualmente existem na legislação brasileira somente dois casos de responsabilidade objetiva do Estado por risco integral: a responsabilidade por danos nucleares (artigo 21, XXIII, c, da Constituição Federal), e a responsabilidade por danos em virtude de atos terroristas contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras (Lei n.º 10309/01).

Não havendo dispositivo legal expresso que autorize a aplicação da doutrina do risco integral aos danos provocados por atos judiciais, fica inviabilizada a sua adoção no que tange à atividade jurisdicional.

Depreende-se, então, que o Estado responde objetivamente por danos advindos da atividade jurisdicional quando o ato prejudicial é lícito. Mas a responsabilidade objetiva por atos judiciais é fundamentada exclusivamente na teoria do risco administrativo, que admite excludentes e atenuantes.

4. ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE POR ATOS JUDICIAIS

4.1 REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE POR ATOS JUDICIAIS

Como visto, os danos decorrentes de atos judiciais podem gerar responsabilidade subjetiva ou objetiva do Estado, conforme o ato seja lícito ou ilícito, respectivamente.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende “despiciendo discutir legalidade se tanto o (ato) legítimo como o ilegítimo impõem reparação quando é atuação do próprio Estado que lesa esfera juridicamente protegida de outrem”.¹²⁵ Ressalta o autor que, “se a conduta *legítima* produtora de dano enseja responsabilidade objetiva, *a fortiori* deverá enseja-la a conduta ilegítima causadora de lesão jurídica”.¹²⁶

Não obstante, a rigor, cada espécie de ato (lícito ou ilícito) gera uma responsabilidade específica (objetiva ou subjetiva), com características diversas. O próprio dano, conforme advenha de um ato estatal lícito ou ilícito, deverá preencher mais ou menos requisitos a fim de que seja juridicamente agasalhado. Assim, havendo institutos diversos, cada qual com um determinado tratamento jurídico e gerando conseqüências diferentes, há interesse teórico, e mesmo prático, para a distinção.

Para a responsabilidade subjetiva por atos judiciais é necessária uma conduta culposa do Estado-juiz. Apenas mediante a existência de culpa *lato sensu* se poderá falar em procedimento contrário ao Direito, ou seja, em ato ilícito. Ilicitude e culpabilidade, embora ontologicamente inconfundíveis, estão intimamente atrelados no âmbito do Direito Administrativo. O ato administrativo (e também o judicial) ilícito necessariamente será culposos. Haverá ofensa ao ordenamento jurídico apenas se existir

¹²⁵ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 818.

¹²⁶ Idem, ibidem. p. 817.

culpa do serviço. Caso contrário o ato será lícito, e eventual dano que produza ensejará responsabilidade objetiva, desde que presentes todos os requisitos desta.

Tem culpa aquele que, devendo respeitar um dever que lhe é imposto, assim não o faz, por negligência, imperícia, imprudência, hipóteses de culpa *stricto sensu*, ou deliberadamente (*sponte propria*), agindo com intenção de ferir a ordem jurídica, hipótese de dolo. A culpa é ligada necessariamente a um ato ou a uma omissão reprováveis perante o Direito positivo. Daí porque a culpa não pode ser atribuível a um ato lícito. Ademais, especificamente nos casos de culpa *stricto sensu*, o comportamento negligente, imperito ou imprudente deverá ser aferido pelos padrões de diligência, pericia ou prudência, noções antitéticas àquelas. Nesses casos, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, “há que levar em conta o procedimento do Estado em casos e situações análogos e o nível de expectativa comum da Sociedade (não o nível de aspirações), bem como o nível de expectativa do próprio Estado em relação ao serviço increpado de omissão, insuficiente ou inadequado”.¹²⁷

Vários são os exemplos de responsabilidade subjetiva: excesso de tempo de prisão por omissão, esquecimento ou equívoco do juiz; não relaxamento de prisão ilegal; negação de liminar em mandado de segurança quando presentes todos os pressupostos legais, de forma a gerar a perda do objeto da ação mandamental; prescrição de queixa-crime por desídia do magistrado, gerando prejuízo ao querelante, que arcou com honorários, custas e despesas processuais; retardamento injustificado de decisão interlocutória, causando prejuízo à parte; concessão de liminar ou medida cautelar quando não cabíveis; bem como os erros judiciários em geral,¹²⁸ que abrangem

¹²⁷ Idem, *ibidem*. p. 820.

¹²⁸ Segundo Guido Santiago Tawil (**La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamiento de La Administración de Justicia**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 57), “*el error judicial puede responder a numerosos factores, entre los cuales se destacan la errónea apreciación de los hechos, el mal encuadramiento de las circunstancias fácticas en ordenamiento jurídico o la utilización errónea de normas legales*”. Odoné Serrano Júnior (**Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 1996. p. 149) comenta que o erro frequentemente ocorre por: “a) dolo do juiz; b) culpa do juiz, nas

os erros materiais.

Se não restar demonstrada, efetiva ou presumidamente,¹²⁹ que a conduta estatal foi culposa, a responsabilidade subjetiva será elidida. Tome-se como exemplo a não concessão de uma medida cautelar requerida pela parte. Três situações podem ser verificadas: 1) não concessão pela inexistência, *in casu*, dos requisitos legais; 2) não concessão por não terem sido demonstrados os requisitos legais (*fumus boni iures e periculum in mora*) pelo requerente; e 3) não concessão da medida, embora presentes e demonstrados seus requisitos, em virtude de imperícia, negligência ou dolo do magistrado. Nas duas primeiras hipóteses não há responsabilidade subjetiva do Estado, eis que a atitude do juiz é consentânea com os ditames legais. Somente no último caso, face a existência de culpa *lato sensu* e, conseqüentemente, de procedimento ilícito, é cabível indenização pelos danos sofridos em virtude da má prestação do serviço, com fulcro na responsabilidade subjetiva.

Além da culpa, são requisitos da responsabilidade subjetiva o dano juridicamente relevante e o nexo causal entre o fato culposo e o dano.

Deveras, se o jurisdicionado sofrer um dano e o julgador agir culposamente, mas entre esta conduta e aquele prejuízo não existir um liame causal, não surgirá a responsabilidade. Nexos de causalidade pode ser entendido como “o vínculo, o elo de ligação entre a atividade estatal e o dano produzido ao terceiro”.¹³⁰ Naquele mesmo exemplo de não concessão culposa de cautelar, se o dano veio a decorrer de fato de terceiro, que teria lesionado o jurisdicionado independentemente de ser concedida ou não a medida judicial, inexistente responsabilidade estatal por falta de nexo causal.

modalidades negligência ou imprudência; c) decisão contrária à prova dos autos (por dolo ou culpa do juiz); d) indução a erro através da juntada ou não aos autos de elemento relevante ao esclarecimento da verdade (culpa da vítima ou culpa de terceiro – exclusiva ou concorrente); e) aparecimento posterior de fatos ou elementos que venham a contradizer ou anular provas ou elementos relevantes dos autos e que influíram decisivamente na prolação da sentença; etc.”

¹²⁹ Sobre culpa presumida do Poder Público, ver: MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 821; e MELLO, O. A. B. de. Ob. cit. p. 483.

¹³⁰ SIQUEIRA, B. L. W. Ob. cit. p. 96.

Outrossim, “na responsabilidade por atos ilícitos, fundamentado no princípio da legalidade, todos os danos certos, possíveis e não eventuais serão indenizáveis (...)”.¹³¹ Necessário, também, que o dano seja juridicamente relevante, isto é, “não basta para caracteriza-lo a mera deterioração patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Importa que se trate de um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, reconhecendo-o como um direito do indivíduo”.¹³² Destarte, pequenos “dissabores” provenientes, por exemplo, da demora processual, desde que não impliquem em violação de direito ou interesse juridicamente protegido, não são capazes de gerar a responsabilidade. Ilustra a hipótese a mera ansiedade causada pelo atraso de uma decisão judicial.

Frise-se, por fim, que não há restrições referentes à natureza do dano. Tal como ocorre na responsabilidade do Estado em geral, tanto o dano material como o imaterial ou moral são passíveis de indenização.

Passando à análise da responsabilidade objetiva do Estado por atos judiciais, algumas diferenças são verificadas relativamente à responsabilidade subjetiva. A principal e mais evidente distinção reside na não inclusão do elemento *culpa* no rol de requisitos da responsabilidade. A responsabilidade objetiva se ocupa dos danos decorrentes de atos lícitos, e não cabe falar em ato lícito culposos ou não culposos.

Para sua configuração, a responsabilidade objetiva exige o dano e o nexo causal entre este e o ato lícito estatal.

Quanto ao nexo causal, é essencialmente o mesmo da responsabilidade subjetiva. Difere apenas quanto aos elementos de ligação, vez que é estabelecido entre um dano, que na responsabilidade objetiva deve apresentar outras características além das já mencionadas, e um ato *lícito* de cunho estatal.

¹³¹ *Idem*, *ibidem*. p. 99. O autor, entretanto, caracteriza a responsabilidade por ato ilícito como uma espécie de Responsabilidade Objetiva do Estado.

¹³² MELLO, C. A. B. de. *Ob. cit.* p. 826-827.

O dano, para ensejar a responsabilidade objetiva, deve, além de apresentar as mesmas características exigidas para a responsabilidade subjetiva, ser especial e anormal. Conforme indica Bruno Luiz Weiler Siqueira, “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”.¹³³ O requisito da especialidade é decorrência imediata do princípio norteador da responsabilidade por risco administrativo, ou seja, do princípio da igualdade dos particulares face aos ônus e encargos sociais.

Quanto à anormalidade do dano, é caracterizada quando se supera os pequenos agravos patrimoniais inerentes às condições de convívio social.¹³⁴ Alguns inconvenientes são naturais à vida em sociedade. Apenas os gravames que excedem estes inconvenientes suscitam responsabilidade.

A par dos requisitos acima indicados, que se podem dizer intrínsecos à responsabilidade objetiva, há ainda um requisito extrínseco: o proveito da sociedade em detrimento do interesse particular. Se a responsabilidade objetiva estatal por atos judiciais advém da teoria do risco administrativo, como já examinado,¹³⁵ é fundamental que o ato lícito danoso seja praticado no interesse da coletividade. Não existindo benefício à sociedade não há responsabilidade objetiva do Estado.

Por tudo isso que, *verbi gratia*, uma pessoa presa preventivamente por determinação judicial irretocável à vista dos fundamentos fáticos e jurídicos faz jus a uma indenização do Estado quando, posteriormente, vem a ser absolvida. O ato judicial é lícito, vez que dadas as circunstâncias, tal decisão se impunha. Doutra parte, há efetivamente um dano, que pode ser patrimonial e moral ou apenas moral, certo,

¹³³ *Idem*, *ibidem*. p. 828.

¹³⁴ *Idem*, *ibidem*. p. 829.

¹³⁵ Ver item 3.3.

possível e não eventual, vez que já consumado. O dano apresenta-se ainda especial, pois é individualizado, e anormal, eis que flagrantemente extrapola os limites dos inconvenientes naturais à vida social. Outrossim, existe um nexos causal direto e imediato entre o ato judicial e o dano, que foi produzido pela atuação estatal. Por fim, está presente o interesse da sociedade na medida judicial, pois a segregação cautelar contribui para garantir a ordem pública, a ordem econômica, ou convém à instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal).

Por outro lado, a mudança de orientação jurisprudencial, atitude lícita da magistratura, mesmo que acarrete grandes prejuízos econômicos, não enseja responsabilidade do Estado. Isto porque não há dano, na acepção jurídica do termo. Com efeito, no caso se opera simples frustração de expectativa, o que não atenta contra direito ou interesse juridicamente protegido.

Os requisitos mencionados, seja da responsabilidade subjetiva ou da responsabilidade objetiva, fundamentam por si só o dever de reparar. Não fica a responsabilidade condicionada à revisão, reforma, revogação ou outro ato judicial qualquer. Presentes os elementos necessários à configuração da responsabilidade (subjetiva ou objetiva) do Estado, a reparação é exigível.¹³⁶

4.2 LIMITES À RESPONSABILIDADE POR ATOS JUDICIAIS: EXCLUDENTES E ATENUANTES

É por risco administrativo ou “culpa” administrativa, nunca por risco integral, que a responsabilidade por atos judiciais se configura, razão pela qual cabem as excludentes e atenuantes.¹³⁷

¹³⁶ Nesse sentido: DIAS, J. de A. Ob. cit. p. 642.

¹³⁷ SERRANO JÚNIOR, O. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 1996. p. 167.

Faltando um ou mais de seus requisitos, não surgirá a responsabilidade por atos judiciais.

Nos casos de responsabilidade subjetiva, ausentes o dano, a culpa ou o nexo causal, a responsabilidade será excluída, por verdadeira inexistência de responsabilidade. Da mesma forma, não havendo dano ou nexo causal entre o ato lícito e a lesão, bem como o proveito social subjacente, inexistirá a responsabilidade objetiva.

Mesmo quando verificado um dano, a responsabilidade será excluída caso não sejam verificados a culpa (apenas nas hipóteses de responsabilidade subjetiva), o nexo causal, ou a sobreposição do interesse coletivo sobre o particular (somente nas hipóteses de responsabilidade objetiva).

É exemplo de exclusão de responsabilidade subjetiva do Estado por não configuração de culpa a prescrição da pretensão punitiva pela demora do julgamento de queixa-crime em virtude da dificuldade de localização de testemunha ou pelo atraso no cumprimento e devolução de carta rogatória. Nessas hipóteses o querelante não poderá reclamar o ressarcimento das despesas inerentes à ação, como custas processuais e honorários advocatícios.

Também é caso de ausência de culpa a decisão errônea,¹³⁸ que venha a produzir danos a terceiro, induzida por simulação das partes. É exemplo desse jaez o prejuízo creditício suportado pelo conjunto de credores de uma massa falida em virtude do reconhecimento judicial de crédito indevido a determinado “credor”, reconhecimento este pautado em documentos falsos aptos a ludibriar e na anuência simulada do falido e do síndico. Nesse caso, tendo o juiz agido de boa-fé e com as cautelas devidas, o erro induzido é plenamente escusável, elidindo a responsabilidade do Estado, cabendo apenas a responsabilização das partes.

¹³⁸ O erro, aqui, corresponde a um juízo falso, a um engano. Necessário, para configurar o equívoco, que haja dissonância entre os fundamentos da decisão e os fatos reais. Nesse caso, o juízo interpretativo é correto, mas as premissas fáticas são falsas. Isto é, o julgador decide sobre A quando deveria decidir sobre B.

No que tange à inexistência de nexos de causalidade, pode ocorrer, por exemplo, em pedido de indenização pela perda do emprego em função de prisão preventiva decretada em processo que resultou em absolvição do réu. Se restar demonstrado que, na verdade, o ex-detento já havia sido demitido antes da determinação judicial, é excluída a responsabilidade por falta de nexo causal.

No caso de responsabilidade objetiva, é exemplo de excludente de responsabilidade a concessão (lícita) de tutela antecipada. Em tal hipótese não se afigura o proveito da sociedade em detrimento do interesse particular. Ainda que a medida lesione a parte ré, esta não poderá pleitear do Estado uma indenização, vez que o prejuízo experimentado não advém de um correlato benefício público, mas, ao contrário, apenas contrapõe-se a uma vantagem particular. A liminar só aproveita ao autor. Compete, portanto, ao beneficiado (e não ao Estado) recompor o patrimônio do lesado, evitando-se assim o enriquecimento indevido.

Especificamente à responsabilidade do Estado por atos judiciais aplica-se ainda outra excludente: a coisa julgada. Danos oriundos de decisões que receberam os efeitos da coisa julgada material, desde que estas não sejam passíveis de revisão ou rescisão, não são indenizáveis.¹³⁹ Convém lembrar, no entanto, que os efeitos da coisa julgada restringem-se às partes e à matéria de que trata o dispositivo da sentença, cabendo indenização quanto ao não abrangido pela *res judicata*.

Outros casos há em que, não excluída a responsabilidade, esta é atenuada.

A atenuação da responsabilidade ocorre quando, tendo o Estado contribuído para a produção do dano, este não é resultado exclusivo da atuação estatal. As atenuantes se relacionam com a questão das *concausas*. Sendo o dano ocasionado por mais de uma pessoa, cada qual responderá proporcionalmente a sua participação no evento lesivo.¹⁴⁰

¹³⁹ Ver item 2.3.

¹⁴⁰ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 830.

A responsabilidade do Estado por atos judiciais pode ser reduzida, por exemplo, pela má atuação do advogado que, incumbido de promover a boa condução do processo, fiscalizar os atos e interceder quando detectar falhas, assim não o faz. Se a desídia do advogado for fator determinante para parcela do dano, responderá o causídico proporcionalmente.

Cumpre, por fim, ressaltar que não é apropriado cogitar em culpa da vítima ou de terceiro como excludente ou atenuante de responsabilidade objetiva. A responsabilidade objetiva não se preocupa com a culpa. Importa na responsabilidade objetiva apenas o nexos causal. Configurado o dano, a responsabilidade objetiva do Estado será total se a atividade estatal contribuiu integralmente para o dano, se o nexos causal se der apenas entre o ato estatal e o dano. Ao contrário, a responsabilidade objetiva do Estado será gradativamente atenuada, podendo ser integralmente elidida (exclusão da responsabilidade), na medida em que fatos outros que não lhe sejam imputáveis também concorram para a produção do dano. Assim, havendo concurso de causas, e sendo estas imputáveis a pessoas diversas, existirá também um concurso de responsabilidades. Se a própria vítima ou um terceiro contribuíram total ou parcialmente para o dano, responderão também na exata medida em que deram causa.

Daí não se extrai, porém, que o Estado é isento de responsabilidade, ou tem esta reduzida, sempre que a atuação de um terceiro concorrer para a verificação do dano. Se o Estado era incumbido justamente de evitar que o terceiro viesse a produzir o dano, responderá integralmente pelos atos do terceiro, a menos que, dadas as circunstâncias, isso não fosse exigível do Poder Público. Mas aí a hipótese é de responsabilidade subjetiva por omissão.¹⁴¹

¹⁴¹ Ilustra a responsabilidade por omissão judicial o dano provocado por quem esbulha a posse. Se o possuidor houvera ingressado com ação de manutenção de posse e em virtude de demora injustificada de provimento jurisdicional inibidor do esbulho o dano se consuma, responde o Estado.

4.3 RESPONSABILIDADE PESSOAL DO MAGISTRADO

A parte final do § 6.º do artigo 37 da Constituição Federal assegura ao Poder Público o direito de ressarcir o erário exigindo do agente responsável pelo dano, quando tenha se comportado de modo culposo ou doloso, mediante ação regressiva, os valores pagos ao particular lesado.¹⁴²

O direito de regresso fica condicionado a dois requisitos: 1) que a pessoa jurídica responsável pelo serviço público tenha sido condenada a indenizar o particular em virtude de ato lesivo do agente; e 2) que o agente responsável tenha agido (ou se omitido) com dolo ou culpa.¹⁴³

O juiz, na qualidade de agente público, não foge à regra constitucional. Despropositada, aliás, é a observação de José Cretella Júnior, segundo o qual “a relação processual não se verifica entre as partes e a pessoa física do juiz, mas entre as partes e o Estado, do qual o juiz é o representante”.¹⁴⁴ Ora, se tal idéia prevalecesse a norma em questão viraria “letra morta”, vez que todos os agentes públicos são representantes do Estado. Da mesma forma, equivocam-se aqueles que pretendem limitar a responsabilidade pessoal do juiz aos casos expressamente previstos na legislação, isto é, no artigo 133 do Código de Processo Civil e no artigo 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. O juiz responderá sempre que sua conduta for dolosa ou culposa, por força do § 6.º do artigo 37 da Constituição Federal. A responsabilidade pessoal do juiz, tal qual a dos demais agentes públicos, decorre

¹⁴² Debate-se a doutrina no que tange às questões processuais da responsabilidade pessoal do agente. São divergentes os entendimentos acerca da possibilidade de acionamento direto do funcionário, de inclusão deste como litisconsorte passivo, bem como da necessidade da denunciação da lide para que seja garantido o direito de regresso. Não trataremos aqui dessas questões dados os propósitos da presente monografia, que visa a examinar os aspectos materiais da responsabilidade do Estado por atos judiciais.

¹⁴³ MELLO, C. A. B. de. Ob. cit. p. 839.

¹⁴⁴ CRETELLA JÚNIOR, J. Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 99, p. 13-32, jan./mar. 1970. p. 19.

diretamente da norma constitucional. Ainda que aqueles preceitos da legislação infraconstitucional venham a ser revogados, a responsabilidade pessoal do magistrado subsiste ante a norma constitucional.

No caso específico do dano por ato judicial, ademais, pode o próprio Estado ser vítima da atividade jurisdicional falha. Realmente, as causas em que as pessoas políticas figuram como parte submetem-se à mesma jurisdição dispensada aos particulares. E pode ocorrer de o serviço judiciário, que é promovido pelo Poder Público, vir a lesionar o próprio Estado. Em tal situação, se verificado dolo ou culpa do magistrado, deverão os Estados ou a União, quando lesadas por ato do Poder Judiciário a eles vinculados (Justiças Estaduais e Justiça Federal, respectivamente), buscar a reparação do dano através da responsabilidade pessoal do juiz. E não se trata, agora, de direito de regresso, pois a pessoa política figura como lesada direta da conduta danosa do juiz.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que a responsabilidade extracontratual do Estado, entendida esta como a responsabilidade patrimonial e não contratual do Estado em virtude de atos ou omissões jurisdicionais imputáveis exclusivamente a magistrados, é cabível no sistema jurídico brasileiro, nos termos a seguir expostos:

1. A responsabilidade do Estado por atos judiciais é um imperativo do Estado de Direito.

2. Enquadra-se o magistrado no conceito de agente público, logo se enquadra na norma do § 6.º do artigo 37 da Constituição Federal, que prevê a responsabilidade estatal.

3. O Poder Judiciário não é soberano, eis que a soberania é um atributo do Estado, mas, ainda que assim fosse considerado, a soberania não implicaria em irresponsabilidade, pois é um poder autolimitado pelo Direito.

4. A responsabilidade por atos judiciais não atenta contra a imparcialidade do juiz, vez que obriga diretamente o Estado.

5. A coisa julgada afasta a responsabilidade do Estado por atos judiciais apenas quando não puder ser desfeita, e tal exclusão só ocorre quanto à matéria e às pessoas abrangidas por seus efeitos.

6. A atividade judicial não é compatível com a já ultrapassada teoria da irresponsabilidade do Estado. Ao contrário, aplicam-se aos danos produzidos por atos judiciais a teoria da culpa do serviço (responsabilidade subjetiva), nas hipóteses de atos ilícitos, e a teoria do risco administrativo (responsabilidade objetiva), quanto aos atos lícitos, ficando excluída, por falta de previsão legal, a teoria do risco integral.

7. Para caracterizar a responsabilidade subjetiva do Estado por atos judiciais deverão estar presentes os seguintes requisitos: culpa; dano certo, possível e não eventual; e nexos de causalidade entre o fato culposo e o dano. No que tange à responsabilidade objetiva, são requisitos: dano certo, possível, não eventual, especial e anormal; nexos causal entre o ato lícito e o dano; e o proveito social em detrimento do

interesse particular.

8. A responsabilidade estatal por atos judiciais, uma vez que baseada na culpa do serviço ou no risco administrativo, admite excludentes e atenuantes. Assim, ocorrendo um dano mas faltando algum dos demais requisitos da correspondente espécie de responsabilidade, esta fica excluída. Também, em havendo concausas para a produção do dano, a responsabilidade será atenuada.

9. Em caso de culpa ou dolo do magistrado, haverá a responsabilidade pessoal deste em virtude do direito de regresso do Estado, com fundamento direto na norma do § 6.º do artigo 37 da Constituição Federal, independentemente de qualquer outra disposição legal. Outrossim, pode o Estado ser vítima direta do dano provocado culposamente pelo magistrado, o que dá à pessoa política o direito de ser indenizada por este.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3, tomo III.

CAVALIERI, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2 ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

COUTO E SILVA, A. do. A Responsabilidade Extracontratual do Estado no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 202, p. 19-41, out./dez. 1995.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, J. Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 99, p. 13-32, jan./mar. 1970.

DALLARI, D. de A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1992.

DIAS, J. de A. **Da Responsabilidade Civil**. 10 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 2.

FIGUEIREDO, L. V. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRECO FILHO, V. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1 e 2.

GUIMARÃES, M. **O Juiz e a Função Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GUSMÃO, P. D. de. **Introdução ao Estudo de Direito**. 16 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

LEITE, E. de O. **A Monografia Jurídica**. 3 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LENZ, C. E. T. F. Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 210, p. 147-170, out./dez. 1997.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18 ed. atual. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, O. A. B. de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2.

SERRANO JÚNIOR, O. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 1996.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIQUEIRA, B. L. W. O Nexo da Causalidade na Responsabilidade Patrimonial do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 219, p. 91-105, jan./mar. 2000.

TAWIL, G. S. **La Responsabilidad del Estado y de los Magistrados y Funcionarios Judiciales por el Mal Funcionamiento de la Administración de Justicia**. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

VIEIRA, J. R. Princípios Constitucionais e Estado de Direito. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 54, out./dez. 1990.