**INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA**

ANA CAROLINA FRANKE RODRIGUES

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS RECORRENTES
DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia, no Instituto de Criminologia e Política Criminal, como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Criminologia.

Orientador: Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho.

CURITIBA

2007

“Quem diz Direito, diz, pois, responsabilidade”.

Eduardo Sotto Kloss

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DA RESPONSABILIDADE.....	4
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	8
2.1 ORIGEM DA RESPONSABILIDADE PÚBLICA	8
2.2 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE	8
2.3 A RESPONSABILIDADE FUNCIONAL	10
2.4 ESCOLAS SUBJETIVAS	11
2.4.1 Atos de Gestão e Atos de Império	13
2.5 ESCOLAS OBJETIVAS	14
2.5.1 Teoria da Culpa Administrativa ou Falta do Serviço (<i>Faute du Service</i>)	15
2.5.2 Teorias do Risco	17
2.5.3 Causas Excludentes e Atenuantes da Responsabilidade	19
3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO	20
3.1 AÇÃO DE INDENIZAÇÃO E AÇÃO DE REGRESSO	22
4 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS DO PODER JUDICIÁRIO	26
4.1 ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS CONSTANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO ACERCA DA RESPONSABILIDADE ADVINDA DA ATIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO	26
4.1.1 Art. 37, § 6º da Constituição Federal	26
4.1.2 Art. 5º, LXXV da Constituição Federal	26
4.1.3 Art. 15 do Código Civil	27
4.1.4 Art. 133 do Código de Processo Civil e Art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC n. 35/79)	28
4.1.5 Art. 630 do Código de Processo Penal	29

4.2 A RESPONSABILIDADE PELA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO	31
4.3 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS CONTRÁRIAS À RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS ADVINDOS DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – CRÍTICAS E REFUTAÇÃO DE SUAS CONTRADIÇÕES E INCONGRUÊNCIAS	32
4.4 PODER JUDICIÁRIO – ATUAÇÕES E OMISSÕES PASSÍVEIS DE GERAR DANOS AOS JURISDICIONADOS E CAPAZES DE ENSEJAR A RESPONSABILIDADE ESTATAL	38
4.4.1 Erro Judiciário Civil e Criminal	38
4.4.2 Prisão Provisória de Pessoa Inocente	40
4.4.3 Abuso de Autoridade	41
4.4.4 Liminar em Mandado de Segurança e em Outras Ações	42
4.4.5 Demora na Prestação da Tutela Jurisdicional	43
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

Um dos sustentáculos do Direito Constitucional Moderno é, justamente, a sujeição de toda e qualquer pessoa, pública ou privada, à ordem jurídica. Desta feita, o dano causado a bem jurídico de terceiro gerará para o seu autor a obrigação de repará-lo, sujeitando-o ao dever jurídico de oferecer resposta denominado “responsabilidade”.

A própria idéia de República traz em si a noção de um regime institucionalizado, em que não há sujeitos fora do Direito. “Se não há sujeitos fora do Direito, não há sujeitos irresponsáveis; se o Estado é um sujeito de direitos, o Estado é responsável”, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello¹, invocando as lições de Eduardo Sotto Kloss.

A importância do instituto da Responsabilidade Civil está, pois, intimamente ligada à noção de Estado Democrático de Direito.

A partir dessa premissa é que se deve analisar a atuação do Estado, na consecução dos seus objetivos.

O exercício das funções do Estado, através dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, pode ocasionar prejuízos aos particulares, fazendo com que estas pessoas suportem ônus maior do que aos demais membros da coletividade, violando o princípio da igualdade (no caso de comportamentos ilícitos o fundamento do dever de indenizar também decorre do princípio de legalidade).

Esta situação se agrava na medida em que, segundo o supramencionado mestre, “é o próprio poder público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os membros do corpo social”². Assevera ainda que “o elemento estatal adquire uma crescente prepotência e o indivíduo está à sua mercê em um número cada vez maior de relações de sua existência individual”³.

Daí a relevância do estudo da responsabilidade pública, em sua inarredável repercussão jurídica e social, tendo em vista, sempre, a garantia da proteção dos

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 805.

² Idem.

³ Idem.

administrados.

O presente trabalho terá como foco a responsabilidade decorrente do desempenho das funções judiciais do Estado: atividades jurisdicionais (típicas), e as administrativas (atípicas).

Defender-se-á que a partir do momento em que o Estado avocou para si o monopólio da Jurisdição, proibindo a auto-tutela, é impositivo que preste os serviços judiciários com eficiência e qualidade – inclusive porque recebe tributos para tanto – sob pena de ter de arcar com os prejuízos engendrados pelo seu mau funcionamento.

Extremamente pertinentes a este estudo são as perspicazes considerações do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, a respeito do papel traçado pela Carta Magna a este Poder Constituído:

... o papel desenvolvido pelos magistrados, que se qualificam como atores essenciais do processo político de desenvolvimento, expansão e reafirmação dos direitos humanos, reveste-se de importância decisiva, pois, no contexto dessa permanente situação conflitiva que se origina das relações estruturalmente sempre tão desiguais entre as pessoas e o Poder, compete aos juízes, enquanto guardiões de uma ordem jurídica justa e legítima, fazer prevalecer o compromisso de respeito e de incondicional submissão do Estado ao regime das liberdades públicas, assinalando, a cada momento, no desempenho de sua atividade jurisdicional, que as prerrogativas constitucionais reconhecidas à pessoa traduzem valores fundamentais indisponíveis, caracterizados pela nota de uma irrecusável inexaurabilidade.⁴

Complementa o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, rememorando os ensinamentos do Professor e Juiz José Renato Nalini:

... a Constituição de 1988 foi a que mais acreditou na solução judicial dos conflitos. Enfatizou a missão da justiça humana, confiou-lhe a tutela dos direitos fundamentais, destacados por longa enunciação e singular alteração topográfica. Criou direitos, cuja fruição ficou vinculada à assunção, pelo juiz, de papel político ampliado, e até certo ponto, desafiador da tradicional inércia.⁵

É preemente, assim, que o Estado preste os serviços judiciários de maneira satisfatória, para a consecução deste objetivo delineado pela Lei Fundamental de 1988:

⁴ MELLO, Celso de. *apud* VARGAS, Jorge Oliveira. **Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 19.

⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo *apud* VARGAS, *ibidem.*, p. 20.

a justiça social.

Odoné Serrano Junior⁶ leciona que

para que tais princípios não sejam utópicos e se aproximem cada vez mais da realidade, mister se faz afastarmos o mais rápido possível o ‘fantasma’ ou o ‘mito’ da irresponsabilidade aquiliana do Estado por atos judiciais. Além de representar uma teoria já superada nos países de cultura e tradição jurídica mais arraigada, a irresponsabilidade só contribui para o desleixo do Poder Público no devido aparelhamento dos serviços judiciários, quer de recursos materiais; quer – e, principalmente – de recursos humanos de alta qualidade.

Este autor traz em seguida as palavras de Aduato Alonso S. Suannes:

Urge, pois, que o dispositivo não fique apenas no texto constitucional. É necessário que os prejudicados pelo mau funcionamento desse serviço reclamem a indenização a que têm direito. É necessário que o Estado exija de seus servidores, qualquer que seja sua categoria, a reparação regressiva que, por dolo ou culpa, devem pagar.⁷

No magistério de Pinto Coelho,

... a responsabilidade do Estado, longe de constituir um perigo para este, teria os mais proveitosos efeitos, seria de uma enorme conveniência, conduzindo naturalmente a uma escolha cuidadosa dos empregados públicos e garantiria os direitos dos cidadãos nas suas relações com a autoridade pública.⁸

Por esta razão, recomenda uma conveniente e regular organização do instituto, no interesse de assegurar a própria prosperidade do Estado.

Exatamente nesse contexto se insere o propósito da presente monografia. Se deseja-se a melhoria dos serviços judiciários prestados pelo Estado Brasileiro, é preciso que se defenda a observância e aplicação deste instituto no âmbito da atividade deste Poder Constituído.

Tão amplo é o tema, que seu tratamento minudente demandaria, por certo, muito mais páginas, daí o restringirmos à essência.

⁶ SERRANO JUNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996, p.63.

⁷ Idem.

⁸ COELHO, Pinto *apud* DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 580.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DA RESPONSABILIDADE

A sociedade é o meio ambiente do homem, onde os indivíduos mantêm uma convivência marcada por relações através das quais se ligam e se organizam. Neste meio, criam os homens seu mundo próprio. O mundo cultural humano é composto pelos bens produzidos por suas mãos e pelas obras do seu pensamento.

Para a preservação deste universo de coisas, fez-se necessária a construção de normas de comportamento, princípios e instituições impostas de maneira mais ou menos coercitivas, de maneira a propiciar um mínimo de harmonia no convívio social.

Estas normas de comportamento são impostas coativamente ao homem pelo Estado ou por sua própria consciência.

São normas de natureza jurídica, moral, religiosa, ética, de trato social, de conveniência, dentre outras.

Em qualquer dos casos, a desobediência a estas regras de conduta traz conseqüências ao seu transgressor; é a responsabilidade. Pode-se concluir, assim, que as normas de comportamento social obrigam o indivíduo, sob pena deste ter de sofrer, inexoravelmente, as conseqüências de suas transgressões.⁹

José de Aguiar Dias esclarece que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”¹⁰, demonstrando ser a responsabilidade inerente à toda atuação do homem.

José Cretella Junior leciona que “responsável é aquele que responde, e resposta é sempre resultante de estímulo anterior causativo – a pergunta”¹¹. Na esteira do pensamento deste festejado mestre, se um indivíduo é indagado das razões de determinado procedimento que adotou e fornece resposta satisfatória, não será responsabilizado. Se, ao contrário, a resposta não é dada ou esta não justifica o ato, será o indivíduo responsabilizado pela conduta por ele posta em prática.

Concentremo-nos na responsabilidade como conseqüência da violação das normas jurídicas, diretamente relacionada ao tema deste trabalho.

⁹ Cf. SAUWEN FILHO, João Francisco. *Da Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

¹⁰ DIAS, op. cit., p. 124.

¹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 69.

O Direito nasce e se desenvolve na sociedade. Foi criado para regular a vida do homem no seio da coletividade, com vistas a atingir a ordem, a segurança, a paz, a harmonia, o equilíbrio.

A inobservância das normas jurídicas, espécie do gênero normas de comportamento, acarreta dois tipos de responsabilidade para o seu infrator: a responsabilidade civil e a criminal. A primeira é resultante de lesão causada a bem jurídico civilmente protegido; a segunda, decorre de lesão a bem jurídico penalmente tutelado.

A responsabilidade criminal é aquela em que incorre o infrator de normas penais. Dado o caráter fragmentário do Direito Penal, o legislador erige à categoria de crime somente as condutas consideradas lesivas aos interesses mais vitais da sociedade.

Esta responsabilidade submete o autor de um ilícito a uma sanção penal, que poderá ser a privação de sua liberdade, ou uma pena pecuniária, sempre com caráter punitivo, ou seja, não patrimonial, não indenizatório do dano causado.

Considera-se, desta forma, que o equilíbrio social atingido diretamente pela prática do fato punível só será restabelecido com a aplicação da pena ao transgressor. Neste momento, o *jus puniendi* estatal prevalece sobre o *jus libertatis* do cidadão. Além disso, é importante ressaltar que a pena, além de seu caráter repressivo, tem também função preventiva, ao desencorajar a sociedade (prevenção geral) ou o próprio criminoso (prevenção especial).

Por outro lado, tem-se a responsabilidade civil, também definida como responsabilidade patrimonial. Neste caso, a pessoa que praticou ato lesivo ao interesse civilmente protegido de outrem é compelida ao dever jurídico de reparar o prejuízo.

A ordem social, neste caso, é apenas indiretamente atingida, de forma que o ressarcimento do dano, ou seja, a recomposição da situação patrimonial existente antes do evento lesivo, restabelece o equilíbrio abalado.

Caio Mário da Silva Pereira discorre de forma brilhante acerca do embaçamento deste instituto:

O fundamento maior da responsabilidade civil está na culpa. É fato comprovado que se mostrou esta insuficiente para cobrir toda a gama dos

danos ressarcíveis; mas é fato igualmente comprovado que, na sua grande maioria, os atos lesivos são causados pela conduta antijurídica do agente, por negligência ou por imprudência. Aceitando, embora, que a responsabilidade civil se construiu tradicionalmente sobre o conceito de culpa, o jurista moderno convenceu-se de que esta não satisfaz. Deixado à vítima o ônus da prova de que o ofensor procedeu antijuridicamente, a deficiência de meios, a desigualdade de fortuna, a própria organização social acabam por deixar larga cópia de danos descobertos e sem indenização. A evolução da responsabilidade civil gravita em torno da necessidade de socorrer a vítima, o que tem levado a doutrina e a jurisprudência a marchar adiante dos códigos, cujos princípios constritores entravam a aplicação da boa justiça.¹²

Muito embora seja sabido que construção subjetivista da responsabilidade civil pode importar em injustiças – ao ser determinada tão somente por atuação ou abstenção *ilícitas* do causador do dano, deixando à vítima o ônus de comprová-las – a aceitação da teoria objetiva ainda não se generalizou.

É relegada à solução de algumas situações – dentre elas, a responsabilidade estatal – conservando-se como princípio geral a responsabilidade baseada na culpa, que, sob a influência das doutrinas objetivistas, vem perdendo seus contornos clássicos.

A responsabilidade civil pode advir de danos ocorridos ao patrimônio material (corpóreo) ou ao patrimônio imaterial (incorpóreo) da pessoa. Dentro deste segundo tipo, encontram-se a moral, os inventos, os registros de marcas e patentes, entre outros.

A Constituição Federal de 1988 assegurou o direito à reparação por dano moral¹³, e o Supremo Tribunal Federal já sumulou a possibilidade de cumulação de indenizações por dano moral e material.¹⁴

A doutrina costuma estabelecer uma distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, baseando-se na origem do vínculo da qual ela deriva.

Se o vínculo preexistente é um contrato, o descumprimento de suas cláusulas gera uma responsabilidade contratual. Entretanto, se não há este vínculo obrigacional entre as partes envolvidas, mas determinado fato ocorre, causando danos à esfera jurídica de alguma delas, a reparação do prejuízo será determinada não com fulcro no contrato, posto que inexistente, mas na infringência da lei.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 58.

¹³ Art. 5º, inciso V, da Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

¹⁴ Súmula 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

De acordo com Fernando Facury Scaff¹⁵, ambas representam uma unidade genérica, que consiste no fato de basearem-se na culpa – muito embora hodiernamente as teorias que tratam da responsabilidade estejam em evolução, como mencionado supra.

Apesar desta unidade genérica, estes tipos de responsabilidade têm diferenças específicas, o que significa que a responsabilidade extracontratual é mais abrangente que a contratual, posto que não pode existir contrato *contra legem*. Além disso, estas responsabilidades são colocadas em campos diversos, pelo fato de a liberdade contratual dar ensejo à criação de direitos e deveres que não existiriam tão somente em razão da lei.

Tendo em vista que um mesmo fato, fruto do comportamento humano, pode lesionar simultaneamente normas e interesses diversos, Fernando Facury Scaff ensina que “as três espécies de responsabilidade não se excluem, mas antes se superpõe, sendo possível a existência das três esferas de responsabilização concomitantemente”.¹⁶

Assim é que o art. 159 do Código Civil dispõe que fica obrigado a reparar o dano aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a alguém.

O Código Penal, por seu turno, prevê como efeito da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, em seu art. 91, inciso I.

Por sua vez, o Código de Processo Penal menciona a execução civil da sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 63) e a ação civil por ilícito penal (art. 64 e seguintes).

¹⁵ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 124.

¹⁶ *Ibidem*, p. 123.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

2.1 ORIGEM DA RESPONSABILIDADE PÚBLICA

Os povos da antiguidade já conheciam a responsabilidade civil aplicada às pessoas naturais e, posteriormente, às pessoas jurídicas de Direito Privado.

Contudo, a idéia da responsabilidade pública é recente, surgida há pouco mais de um século, a partir da construção pretoriana do Conselho de Estado Francês – o famoso “*caso Blanco*”.

Este aresto dirimiu a dúvida acerca da competência para processar e julgar o caso do atropelamento da menina Agnès Blanco por um vagonete da Companhia Nacional da Manufatura do Fumo, que trafegava pelos seus trilhos que cortavam a cidade francesa de Bordeaux. Tendo em vista que a França adota o sistema do contencioso administrativo, discutia-se a competência seria dos tribunais judiciários ou dos tribunais administrativos.

Aquele Tribunal de Conflitos entendeu ser a competência do Tribunal Administrativo, por cuidar-se de hipótese de responsabilidade resultante do funcionamento de um serviço público. Firmou-se então o entendimento publicístico da responsabilidade civil do Estado.

Com efeito, somente a partir do século XIX a questão veio a ser constantemente apreciada e debatida por juristas, principalmente da Universidade de Paris, surgindo em uma época em que o próprio Direito Administrativo apenas principiava como cadeira autônoma, independente do Direito Constitucional.

2.2 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE

Como já citado anteriormente, o nascimento da idéia de responsabilidade pública surgiu apenas em meados do século XIX.

À época do Estado Absolutista que vigorou na Europa a partir do século XVI, o Estado era considerado irresponsável, em princípio, com base em argumentos de ordem divina. Os reis eram como tal considerados em razão de um direito celestial. Esta crença no Estado sobrenatural, no direito divino do soberano, tornava impensável a idéia de um Estado responsabilizável.

O Estado, por representar o próprio Direito, não comete erros. Assim, é impossível que cause danos aos jurisdicionados.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷ destaca o conhecido pensamento de Laferrière: “O próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação”.

Vigoravam as máximas “*The king can do no wrong*”, regra inglesa da infalibilidade real, e “*L’Etat c’est moi*”, proclamada de forma desconcertante por Luís XVI, ao se autoidentificar com o Estado.

Esta situação não foi alterada nem mesmo com a Revolução Francesa e a ascensão da burguesia ao poder. Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, não foi mais possível a identificação do Estado com o monarca. A soberania divina transmutou-se para a soberania popular. Todo o poder emanava do povo e em seu nome seria exercido.

Nestas condições, a irresponsabilidade do Estado mostrava-se perfeitamente adequada à ideologia do novo Estado Liberal comandado pela burguesia. Fernando Facury Scaff¹⁸ observa que o Estado não mais deveria imiscuir-se nos negócios privados, tal como procedia no período mercantilista. Sua linha de ação deveria ser orientada no sentido de **não agir**, de forma que seria despicienda a elaboração de regras para a responsabilização pública. Por tais razões, foi mantida a irresponsabilidade do Estado, não mais fundamentada em Deus, mas no povo.

É preciso destacar, contudo, que este sistema de idéias não representava a completa desproteção dos administradores perante comportamentos unilaterais do Estado, como bem assevera Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹. Admitia-se a responsabilização quando leis específicas a previssem expressamente, e, ao lado disso, por danos resultantes da gestão do Estado no domínio privado.

¹⁷ MELLO, op. cit., p. 807.

¹⁸ SCAFF, op. cit., p. 129.

¹⁹ MELLO, op. cit., p. 807.

Entretanto, com a transformação do Estado Liberal em Estado Intervencionista, suas funções aumentaram; expandiram-se além das de manutenção da ordem, para segurança e paz.

Com sua crescente intervenção no domínio econômico, passou o Poder Público a gerar maiores possibilidades de causar danos aos particulares, fazendo-se necessária a construção de novas teorias no sentido de se responsabilizar o Estado por seus atos.

Hodiernamente, a doutrina da irresponsabilidade encontra-se inteiramente superada, posto que as últimas nações que a sustentavam, Inglaterra e Estados Unidos da América do Norte, abandonaram-na, respectivamente, em 1947 e 1946.

2.3 A RESPONSABILIDADE FUNCIONAL

A admissão da responsabilidade do funcionário, quando um ato lesivo pudesse ser relacionado a um comportamento pessoa, seu, foi a maneira em princípio encontrada para temperar a noção de irresponsabilidade do Estado.

A doutrina da época baseou-se na figura do mandato para reger a responsabilidade do Estado, muito embora atingindo seus prepostos, e não o Estado diretamente.

Assim, nas palavras de Fernando Facury Scaff,

o responsável pelo ato danoso não era o Estado, mas o funcionário público causador do dano, posto que teria agido com excesso de poderes, indo além daqueles determinados pelo Estado para que exercesse sua função.²⁰

Por óbvio esta teoria não resolveu a vasta gama de problemas que envolvem a atuação do Estado.

Havia a chamada “garantia administrativa dos funcionários”, instituída na França pelo art. 75 da Constituição do Ano VIII. Disposições análogas teriam existido na Alemanha. Significava a imprescindibilidade da concordância do próprio Estado

²⁰ SCAFF, op. cit., p. 130.

para o processamento judicial de seu funcionário. Nestes termos, o Estado poderia negar autorização para que o funcionário fosse processado. Nos casos em que concedia a autorização, muitas vezes o patrimônio do servidor se revelava insuficiente para cobrir os prejuízos causados.

Muito embora a injustiça neste tipo de proceder seja flagrante, contribuindo para a necessidade do surgimento de novas teorias no sentido do recrudescimento da responsabilidade estatal, é inegável que representou um avanço na sistemática da responsabilidade pública, por reconhecer a necessidade de processar e julgar os casos de danos causados pelas atividades do Estado.

2.4 ESCOLAS SUBJETIVAS

Como mencionado acima, foi inevitável que se elaborasse uma sistemática de responsabilização direta do Estado, que não atingisse tão somente seus funcionários.

O instrumental teórico disponível à época era a teoria civilística, esposada por Von Ihering, segundo o qual sem culpa nenhuma reparação pode ser reclamada. Assim, além dos entes privados, passou o Estado a subsumir-se a este princípio.

Responsabilidade subjetiva é, pois, a obrigação de indenizar imputável a quem causou dano a outrem (ou deixou de impedi-lo, quando obrigado a isto) em razão de um proceder contrário ao Direito, culposo ou doloso. Consiste em compor patrimonialmente o dano causado a alguém, exaurindo-se com a indenização.

Daí a necessidade de se buscar um culpado – em sentido lato – como condição indispensável para se responsabilizar o Estado.

O elemento subjetivo autorizador desta responsabilidade pode ser o dolo, que é a vontade do agente dirigida conscientemente no sentido de realizar o evento danoso – o dolo direto; ou em sua forma indireta, em que o agente, prevendo um determinado evento danoso, embora certo de que este se verificará fatalmente caso não altere seu modo de agir, nada faz para evitá-lo, não modificando seu comportamento que certamente efetivará o dano previsto, embora a configuração deste dano lhe seja

indiferente. Em outras palavras, é a assunção consciente do risco de produzir o resultado danoso.

O outro elemento psicológico normativo das ações é a culpa *stricto sensu*, esta em sua tríplice concepção, por negligência, imprudência ou imperícia.

Cumprе salientar que o pressuposto indispensável da culpa é a previsibilidade. Desta forma, se o dano que se imputa culposo não for sequer previsível, não há como se pretender a culpa deste no ato que determinou o dano.

No caso da responsabilidade civil do Estado, este, pessoa ideal, ficção jurídica que é, não é passível de cometer atos culposos, por não possuir um querer e um agir psíquico e físico próprios. A culpa se impõe ao funcionário público que por ele age, autêntico órgão de atuação do Estado, a verdadeira vontade da Administração nas esferas pública, social e jurídica. Muito embora parta do funcionário a vontade norteadora do ato da administração, esta vontade não se confunde com a vontade particular do funcionário. O querer e agir dos agentes são imputados ao Estado. Cabe, assim, à Administração o dever jurídico de responder pelos danos resultantes dos atos praticados por seus funcionários, agindo nesta qualidade.

João Francisco Sauwen Filho²¹ enumera os três requisitos indispensáveis à caracterização da responsabilidade civil do Estado à luz das teorias subjetivistas, quais sejam:

- 1º) a existência de um dano efetivo, perfeitamente caracterizado, ao patrimônio de alguém;
- 2º) o nexο causal entre este dano e a ação praticada pelo agente da Administração Pública;
- 3º) configuração da existência indiscutível do elemento subjetivo (dolo ou culpa).

A par disso, caracterizada a culpa do funcionário no evento danoso, o Estado passou a ter o poder-dever de exigir o ressarcimento do montante pago a título de indenização ao prejudicado, através de ação de regresso.

Configuram-se, aqui, duas relações diversas, independentes, mas correlatas: a relação entre o lesado e o Estado e a relação entre o Estado e o funcionário.

²¹ SAUWEN FILHO, op. cit., p. 51.

Primeiramente o Estado deve pagar ao lesado pelos atos do funcionário faltoso, e depois, ressarcir-se deste montante junto ao funcionário.

Da adaptação das teorias civilísticas à responsabilidade do Estado, destaca-se a distinção entre os atos de império e os atos de gestão.

2.4.1 Atos de Gestão e Atos de Império

Esta teoria, embora reconhecesse a responsabilidade do Estado, só o fazia em alguns casos, mantendo a idéia de irresponsabilidade para alguns atos administrativos. Alguns autores a situam em um “sistema misto”, entre a ultrapassada concepção de irresponsabilidade do Estado e as teorias da responsabilidade pública.

Tentava esta teoria distinguir os atos que o Estado praticava tal qual um ente privado, igual aos demais agentes econômicos privados do mercado, e quais ele praticava na sua qualidade de ente público, dotado de soberania.

No primeiro caso, cuidar-se-iam de atos de gestão, atividades que o Estado praticaria despido de suas prerrogativas de poder público, despojado de sua habitual soberania. Seria igualado a um particular, nas situações de proprietário, credor, devedor, administrador, contratante, submetendo-se, pois, ao Direito Privado, sendo passível de responsabilização, **se fosse determinada a culpa do agente.**

Já os atos praticados especificamente no campo do direito público, tais como os atos do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, atos ditos “de guerra”, e aqueles determinados por necessidade pública, seriam os atos de império, em razão dos quais não poderia ser responsabilizado, sob pena de ver lesionada sua soberania.

Além de ser absolutamente impossível estabelecer uma perfeita diferenciação entre os tipos de atos, José Cretella Júnior salienta a impropriedade desta teoria:

Representando, embora, um progresso inegável em relação à teoria anterior (TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE), a teoria dos atos de gestão e culpa de modo algum é satisfatória, em face dos princípios que informam os sistemas jurídicos, porque quem sofre o dano é indiferente à natureza do ato, se é de império ou de gestão.²² [grifo do autor].

²² CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 70.

2.5 ESCOLAS OBJETIVAS

É sabido que a justificação da responsabilidade do Estado através das teorias subjetivas está em declínio no campo do direito público. As doutrinas civilísticas vêm perdendo terreno a cada momento, com o predomínio das normas de Direito Público sobre as regras de Direito Privado na regência das relações entre Administração e administrados.

Isto porque a exigência de comprovação de um atuar injurídico (culpa) como requisito indispensável para a caracterização do dever de indenizar do Estado configurou-se como obstáculo ao alcance da verdadeira justiça.

Este critério subjetivo mostrou-se insuficiente para abranger todas as questões que envolviam a responsabilidade estatal, dado o agravamento da complexidade das relações entre o Poder Público e os particulares.

Um importante aspecto que revela a impropriedade da doutrina subjetivista é o fato de que, muitas vezes, não é possível sequer identificar o agente público causador do dano, restando o particular impossibilitado de ressarcir-se dos prejuízos sofridos.

Impôs-se, desta feita, a dissociação da responsabilidade estatal da exigência de se evidenciar o elemento moral, psicológico, interno – culpa – e a possibilidade de previsão do evento danoso, colocando-a sob a ótica exclusiva da reparação do dano.

É a chamada teoria da responsabilidade objetiva, por prescindir dos elementos culpa ou dolo, que passaram a ser dispensáveis à configuração do dever jurídico que se impõe ao Estado de reparar os danos causados em decorrência de suas atividades. Basta, para sua caracterização, a relação causal entre o comportamento e o dano.

É, no pensamento de Hely Lopes Meirelles²³, a única teoria compatível com a posição do poder público perante os cidadãos, por não se poder equiparar o Estado, com seu poder e privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e prerrogativas.

Nessa teoria, a idéia de comportamento censurável juridicamente é substituída pela denexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. Deixa-se de indagar se houve irregularidade ou não na

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

conduta do agente da administração, ou se este agiu ou não dentro dos limites de suas atribuições. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular.

Dentro dessa doutrina surgiram as teses da **culpa administrativa – falta do serviço público, do risco administrativo e do risco integral**.

2.5.1 Teoria da Culpa Administrativa ou Falta do Serviço (*Faute du Service*)

Esta teoria representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva e a tese objetiva da responsabilidade do Estado. É a primeira com caracteres objetivos. Leva em conta a falta do serviço público (*faute du service* para os autores franceses) para dela inferir a responsabilidade da Administração. O agente público deixou de ser julgado, passando a sê-lo o serviço.

A falha no serviço pode se apresentar sob três modalidades: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço e atraso da prestação do serviço.

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴ aponta que, em muitos casos, necessariamente haverá de ser admitida uma presunção de culpa, sob pena de inoperância desta modalidade de responsabilização, ante a extrema dificuldade de se demonstrar que o serviço operou abaixo dos padrões devidos.

Em contrapartida, Hely Lopes Meirelles defende que “esta teoria ainda pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a falta do serviço para obter indenização”.²⁵

Na esteira do pensamento de Hely Lopes, embora esta teoria traga em seu enunciado a idéia subjetiva de culpa, é na verdade uma teoria objetiva. A culpa a que se refere é a **culpa administrativa, culpa do serviço público**, que não se identifica pela conduta do funcionário mas pela própria falta objetiva do serviço público em si mesmo. É, no dizer de João Francisco Sauwen Filho, “uma metáfora pela qual os autores procuram chegar à responsabilidade do Estado através da designação de um

²⁴ MELLO, op. cit., p. 810.

²⁵ MEIRELLES, op. cit., p. 619.

dado objetivo –a falta do serviço”.²⁶ Metáfora esta elaborada pelos juristas da época, de formação notoriamente civilística, perplexos diante de uma realidade social que reclamava uma responsabilidade em termos objetivos.

Extremamente defensável, por outro lado, a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷ quando diz não ser a responsabilidade por falta do serviço, falha do serviço ou culpa do serviço modalidade de responsabilidade objetiva, porque fundamenta-se na **culpa**.

Sustenta que, para sua deflagração, não basta a mera objetividade de um dano relacionado com a conduta estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa ou dolo, elementos caracterizadores da responsabilidade subjetiva.

Prossegue explanando que, muito embora haja uma presunção de culpa, ficando a vítima desobrigada de comprová-la, não está elidido o caráter subjetivo desta responsabilidade. O Poder Público poderia, nestas situações, ser isentado da obrigação de indenizar ao comprovar que agiu com diligência, prudência e perícia, o que jamais aconteceria se fora objetiva a responsabilidade.

Este autor é resolutivo ao afirma que quando o dano foi possível em decorrência de uma **omissão** do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficazmente)

é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumprir dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo... Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ou então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.²⁸

Em outras palavras, é necessária a existência da obrigação legal de impedir o evento danoso, ao lado da **real possibilidade de impedi-lo mediante atuação**

²⁶ SAUWEN FILHO, op. cit., p. 64.

²⁷ MELLO, op. cit, p. 809.

²⁸ Ibidem, p. 810.

diligente, para que seja deflagrada a responsabilidade estatal. Deve restar demonstrado o comportamento inferior ao padrão legal exigível. A normalidade da eficiência deve ser averiguada em função do meio social, da conjuntura, das condições culturais, tecnológicas e econômicas da época. Aliados a esses fatores, estariam o nível de expectativa comum da sociedade e os parâmetros da lei que institui e regula o serviço.

Prossegue aquele autor afirmando que solução diversa conduziria a absurdos, eis que, em princípio, cumpre ao Estado prover a todos os interesses da coletividade. Ressalta que ante a qualquer evento lesivo causado por terceiro, como um assalto ou uma agressão em vias públicas, em enchente qualquer, o lesado poderia arguir sempre que o “serviço não funcionou”. A admitir a responsabilidade objetiva nestas hipóteses, o Estado estaria transformado em “segurador universal”.

Em síntese, segundo a lição deste jurista, razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Nos casos de danos que não causou, só deve ser responsabilizado se estiver de direito obrigado a impedi-los.

2.5.2 Teorias do Risco

A evolução do pensamento concernente à responsabilidade pública continuou a evoluir, até chegar à mais avançada teoria a este respeito, a chamada teoria do risco.

Esta doutrina retirou do interessado o ônus de provar a existência dos pressupostos que autorizavam o reconhecimento da responsabilidade estatal à luz da doutrina da culpa administrativa ou falta do serviço.

O ponto determinante é o dano causado pelo Estado independentemente da identificação de quem o praticou ou da sua intenção ao praticá-lo. Desta forma, preconiza-se a restauração do patrimônio da vítima, mesmo em se tratando de atos regulares praticados por agentes públicos no exercício regular de suas funções.

A adoção desta teoria pôs fim às perquirições acerca da culpa do Estado, seja de seus agentes, seja da supramencionada culpa administrativa ou falta do serviço.

Exige-se tão somente a demonstração do nexu causal entre a ação do Estado – causa.– e o dano dela resultante.

Esta idéia fundamenta-se na assertiva de que quem desenvolve uma atividade deve arcar com os prejuízos que decorrentes do processo empregado, mesmo que tome precauções para evitar danos ou que o dano seja inevitável.

A atividade pública gera riscos para os administrados, muitas vezes impondo a certos membros da coletividade ônus não suportado pelos demais. Para compensar esta desigualdade criada pela administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, para o qual contribuem pagando tributos. A **solidariedade**, como suporte desta doutrina, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados Modernos.

Partilha-se, enfim, do entendimento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹ quando discorre sobre os **fundamentos da responsabilidade estatal**: no caso de **comportamentos ilícitos, comissivos ou omissos, o fundamento estaria nos princípios da legalidade e igualdade. No caso de comportamentos lícitos, a razão está em se garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atividades desenvolvidas no interesse de todos, evitando que se rompa o equilíbrio entre os encargos sociais.**

A teoria de risco compreende duas modalidades: a do **risco administrativo** e a do **risco integral**, na lição de Hely Lopes Meirelles.³⁰

A distinção reside no fato de que, na primeira, é admissível que o Poder Público demonstre culpa – total ou parcial – da vítima para excluir ou atenuar a indenização.

Já a teoria do risco integral é a modalidade extremada da teoria acima, abandonada na prática por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por esta fórmula, o Estado estaria obrigado a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante da culpa ou dolo da vítima.

É necessário considerar que a maior parte da doutrina não faz esta distinção, considerando as duas expressões como sinônimos. Mesmo os autores que falam em teoria do risco integral acabam por admitir causas excludentes da responsabilidade.

²⁹ *Ibidem*, p. 812.

³⁰ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 619-620.

2.5.3 Causas Excludentes e Atenuantes da Responsabilidade

Na exata lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

sendo a existência do nexo de causalidade o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for causa única.³¹

Em geral são apontadas como excludentes e atenuantes da responsabilidade a força maior e a culpa da vítima.

Força maior consiste em acontecimento inevitável e estranho à vontade das partes. Não sendo imputável à Administração, não pode incidir a responsabilidade do Estado, uma vez que não há nexo de causalidade entre o dado e o comportamento da Administração.

Da mesma forma a culpa do lesado pode ser invocada na medida em que ressaltar a inexistência de comportamento estatal produtor do dano. Se o causador do evento lesivo foi a vítima, e não o Estado, haverá faltado o nexo causal para ser deflagrada a responsabilidade deste último.

Contudo, o dano pode resultar de dupla causação (concausas), como bem salienta Celso Antônio Bandeira de Mello.³² Assim, se o dano for fruto de ação conjunta entre o lesado e o Estado, concorrendo ambos para o resultado, não haverá que se falar em exclusão da responsabilidade, mas sim em atenuação do *quantum* indenizatório.

O caso fortuito, por seu caráter de falha técnica, acidental, cuja razão não se pode prever, não elide o nexo entre o comportamento do Estado e o dano assim produzido, conforme o supracitado mestre. Odoné Serrano Júnior³³ assevera, todavia, que se esta causa for interna ao serviço público danoso não exclui a responsabilidade, em face da adoção da culpa impessoal ou anônima do serviço público, ou, nas atividades perigosas, pela adoção da teoria do risco.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2001, p. 507.

³² MELLO, op. cit., p. 830.

³³ SERRANO JÚNIOR, op. cit., p. 64.

3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

O Brasil obteve sua independência política em 1822. Como Estado Soberano, nasceu em uma época em que a doutrina jurídica já havia superado as teorias que refutavam a responsabilidade do Estado.

Desta forma, não há na história de nosso Direito Administrativo em época alguma que tenha sido acolhida a tese da irresponsabilidade do Estado.

As Constituições de 1824 e 1891 dispuseram sobre a responsabilidade do funcionário em decorrência do abuso, omissão ou negligência no exercício de suas funções. Ao reconhecer a responsabilidade dos empregados públicos, reconhecia-se, sem dúvida, a responsabilidade da própria Administração Pública.

Com o advento do Código Civil, promulgado em 1916, entendeu-se pela adoção da teoria da responsabilidade subjetiva, em face do disposto em seu art. 15:

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

O Estado seria, pois, responsabilizado caso fosse demonstrada a culpa de seu empregado, assegurando-se a conseqüente ação regressiva em face do funcionário faltoso. Dada a imprecisa redação deste dispositivo, a tese da responsabilidade objetiva foi defendida por juristas da melhor suposição, dentre os quais, o emitente Ruy Barbosa.

A Constituição de 1934 introduziu o princípio da responsabilidade solidária entre Estado e funcionário, norma que foi repetida na Carta Magna de 1937.

A grande alteração legislativa nesse âmbito se deu com a Constituição de 1946, adotando no nosso Ordenamento, finalmente, a responsabilidade pública objetiva. De acordo com o art. 194 daquele diploma, “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. Pelo parágrafo único, “cabem-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”. Isto

posto, depreende-se a assunção da responsabilidade estatal sem culpa, exigindo-se este elemento subjetivo apenas para o direito de regresso em face do funcionário.

Equivalentes disposições foram consagradas na Carta de 1967 e na Emenda 1, de 1969.

Por sua vez, a Constituição de 1988, em seu art. 37, § 6º, estatuiu 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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁴, enumera as **condições necessárias para a deflagração da responsabilidade objetiva estatal**, a saber:

- a) que se trate de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos (empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas permissionárias e concessionárias de serviços públicos, fundações governamentais);
- b) que estas entidades prestem serviços públicos, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada (as empresas públicas e sociedades de economia mista, quando não desempenharem serviços públicos, reger-se-ão pela responsabilidade disciplinada pelo direito privado);
- c) que haja um dano causado a terceiro em decorrência da prestação de serviço público – nexo de causalidade;
- d) que o dano seja causado por agente das mencionadas pessoas jurídicas – expressão genérica que abrange, para fins de responsabilização, todas as pessoas incumbidas da realização de serviço público, em caráter permanente ou transitório – agentes políticos, administrativos e particulares em colaboração com a Administração;
- e) que o agente, ao causar o dano, aja nesta qualidade: necessário que se encontre a serviço da Administração, ainda que atue fora ou além de suas atribuições ou competência. A condição de agente não restará

³⁴ DI PIETRO, op. cit., p. 506-507.

descaracterizada caso aja impulsionado por sentimentos pessoais ou estranhos à finalidade do serviço.

Aqui, faz-se necessário enunciar as características do dano apto a gerar a responsabilidade pública, ou seja, o **dano indenizável**. Odoné Serrano Júnior³⁵ bem esclarece que este dano: a) é aquele que consolida uma lesão a bem juridicamente protegido da vítima; b) que é ilegítimo, ou seja, o titular que sofreu a lesão não possui o dever jurídico de suportá-lo; c) que é certo, no sentido de que não pode ser eventual ou possível, mas deve ter existência concreta, podendo, todavia, ser atual (presente) ou futuro.

No tocante ao dano causado por atuação lícita do Estado, leciona aquele autor que cumpre verificar ainda duas outras características, quais sejam: a) especialidade do dano, que é aquele que atinge especificamente determinada pessoa ou grupo, e não a coletividade ou categoria genérica e abstrata de pessoas; b) anormalidade do dano, que é o que extrapola os pequenos prejuízos inerentes à vida em sociedade. É o dano que efetivamente desequilibra a equânime distinção dos ônus públicos, vulnerando o princípio da isonomia.

3.1 AÇÃO DE INDENIZAÇÃO E AÇÃO DE REGRESSO

A reparação do dano pode ser obtida amigavelmente, no âmbito administrativo, se a Administração reconhecer desde logo sua responsabilidade e haja entendimento entre as partes quanto ao valor da indenização.

Do contrário, deverá o prejudicado ingressar com ação de indenização em face da pessoa jurídica que causou o dano. O legislador constituinte assim determinou: o Estado indeniza a vítima, e caberá à pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou dolosa ou culposamente para o fim de mover-lhe ação regressiva, visando cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização.

³⁵ SERRANO JÚNIOR, op. cit., p. 25-28.

Odoné Serrano Júnior³⁶ evidencia minuciosamente três hipóteses capazes de fundamentar a Ação de Indenização, cada qual com requisitos a serem demonstrados pelo autor da demanda. São elas, em apertada síntese:

- a) se pleiteada a indenização com base na **Teoria da Falta do Serviço**, devem estar presentes: o dano indenizável, a prova de que o serviço falhou (não funcionou, funcionou tardiamente ou funcionou mal) e o nexo causal entre o dano e a falta do serviço;
- b) se o pedido tem por base a **Teoria do Risco Administrativo**, aplicável às atividades perigosas desempenhadas pelo Estado, cumpre estar presente: o dano indenizável e o liame causal entre referido dano e a atividade estatal perigosa;
- c) por fim, se a indenização é requerida com fulcro na **Teoria do Dano Objetivo**, cumpre demonstrar: o dano indenizável, nexo causal entre referido dano e o ato estatal lícito, praticado em prol da coletividade e o prejuízo especial e anormal ao lesado.

Em cada caso, comprovados os respectivos elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Como já foi explanado anteriormente, a Fazenda Pública, para eximir-se desta obrigação ou atenuá-la, deve evidenciar a culpa exclusiva ou concorrente da vítima.

Hely Lopes Meirelles ensina que a indenização do dano

deve abranger o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em consequência imediata do ato lesivo da Administração, ou seja, em linguagem civil, o dano emergente e os lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, se houver atraso no pagamento.³⁷

No caso de lesão pessoal e morte da vítima a indenização engloba o tratamento, sepultamento e prestação alimentícia a quem do falecido dependia.

³⁶ Ibidem, p. 69.

³⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 627.

Convém ressaltar que a Carta da República prevê expressamente que a indenização pode compreender os danos morais (art. 5º, X), tal qual foi explanado anteriormente.

À condenação segue-se a requisição do pagamento devido na forma preceituada pelo art. 100 da Constituição Federal e arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil.

Explicitou-se acima que a regra determina que a ação seja proposta em face da pessoa jurídica (que pode ser tanto uma entidade pública, como uma particular prestadora de serviços públicos). Há, entretanto, uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do cabimento ou não da denunciação da lide “àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”³⁸, ou seja, ao funcionário faltoso.

Contrariamente a esta possibilidade posicionam-se Celso Antônio Bandeira de Mello, Lúcia Valle Figueiredo e Vicente Greco Filho, dentre outros juristas de grande envergadura. Aduzem serem diversos os fundamentos da responsabilidade do Estado e do servidor, não interessando ao prejudicado que demanda contra o Estado a culpa ou dolo do funcionário.

Aquele grande processualista sustenta que “a solução se encontra em admitir, apenas, a denunciação da lide nos casos de garantia, não a admitindo nos casos de simples ação de regresso...”.³⁹ Assim sendo, só seria adequada esta forma de intervenção de terceiros quando a perda da primeira ação gera, automaticamente, a responsabilidade do garante.

Contudo, Yussef Said Cahali⁴⁰ estabelece uma diferenciação entre duas situações, em muito contribuindo para a apuração da dúvida: quando a ação é proposta com base exclusivamente na responsabilidade pública objetiva ou falha anônima do serviço, não teria cabimento a denunciação da lide ao funcionário, ou seja, não seria adequada a introdução desta nova lide no interior da que foi instaurada pela vítima em face do Poder Público. O Estado estaria inovando a fundamentação e pretendendo

³⁸ CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL, art. 70, III.

³⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 114.

⁴⁰ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 186.

recuperar de terceiro aquilo que já deveria ter pago. Restar-lhe-ia tão somente a ação de regresso para o reembolso do que pagou a título de indenização. Por outro lado, se a pretensão indenizatória individualiza o agente causador do dano, tendo por fundamento a culpa ou dolo do agente público, seria possível a denúncia, visando disciplinar o direito de regresso da Fazenda Pública.

Este autor ainda concebe que a demanda seja intentada em face do Estado e do funcionário de maneira conjunta, como responsáveis solidários, formando-se um litisconsórcio facultativo; ou apenas em face do servidor. Suscita as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que a regra constitucional

visa proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí que não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou o dano. Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições ao lesado.⁴¹

A **ação de regresso**, por sua vez, é exercida pela pessoa jurídica condenada em face ao agente causador do dano. Saliente-se que, para as entidades públicas, a ação regressiva tem caráter obrigatório, dada a indisponibilidade do interesse público. Para o êxito desta causa devem estar presentes dois requisitos: primeiro, que a autora tenha sido condenada a indenizar a vítima do dano; segundo, que se comprove a culpa ou dolo do funcionário no evento lesivo.

É ação civil destinada à reparação patrimonial da Administração. Sendo assim, transmite-se aos herdeiros e sucessores do servidor culpado.⁴² Pode ser instaurada mesmo após a cessação do exercício do cargo ou função pública.

⁴¹ MELLO, op. cit., p. 810.

⁴² Lei n. 8.112/90, art. 122, § 3º.

4 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS DO PODER JUDICIÁRIO

4.1 ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS CONSTANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO ACERCA DA RESPONSABILIDADE ADVINDA DA ATIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

4.1.1 Art. 37, § 6º da Constituição Federal

Sustentou-se acima que o art. 37, § 6º da Lei Fundamental expressa, de forma abrangente, a responsabilidade estatal por danos decorrentes da atuação de seus agentes, garantindo o direito de regresso contra o servidor causador do prejuízo, nos casos de culpa (*lato sensu*).

É regra de observância obrigatória nos casos que envolverem responsabilidade estatal por danos decorrentes da atividade do Poder Judiciário, uma vez que, nas lições de Augusto do Amaral Dergint⁴³

o serviço judiciário consiste, incontestavelmente, em um serviço público, imposto aos cidadãos pelo Estado, que deve zelar por um certo grau de perfeição tanto na sua organização quanto no seu funcionamento, bem como responder pelos danos daí provenientes. Por isso, pode-se dizer que a responsabilidade do Estado por atos judiciais, nestes catalogados também os jurisdicionais, é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público. O magistrado, como operador deste serviço estatal, é um agente público, age em nome do Estado – este tirando proveito da atividade daquele. Os atos do juiz, são, pois, diretamente imputáveis ao Estado, que tem o dever de responder por suas conseqüências.

4.1.2 Art. 5º, LXXV da Constituição Federal

Preceitua este dispositivo que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

⁴³ DERGINT, Augusto do Amaral *apud* VARGAS, op. cit., p. 83-84.

Esta norma simplesmente explicita alguns aspectos da responsabilidade estatal, já consagrada de maneira genérica pelo art. 37, § 6º da Lei Maior.

Arnaldo Quirino⁴⁴ critica a redação deste estatuto, asseverando que o legislador constituinte deixou de amparar de forma mais enfática outros casos de prisão ilegal, em que o devido processo legal⁴⁵ não é respeitado, notadamente os casos de má apreciação dos pressupostos, fundamentos e condições de admissibilidade das prisões cautelares, pois nestas situações, em rigor, não se pode falar em **condenação**. Contudo, o particular que for vítima dessas outras espécies de prisão não estará desamparado, eis que pode ser responsabilizado o Estado com base na norma genérica insculpida no citado art. 37, § 6º, da Constituição da República.

4.1.3 Art. 15 do Código Civil

Dispõe este artigo que “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou falando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano”. Como mencionado anteriormente, esta disposição consagrou a teoria civilista da responsabilidade do Estado, fulcrada no elemento subjetivo, estabelecendo o dever de indenizar se comprovada a culpa (*lato sensu*) do funcionário.

Com a adoção, pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, da teoria objetiva da responsabilidade (a partir da Constituição de 1946), resta claro que o artigo em comento encontra-se superado.

Hodiernamente, de acordo com a determinação do art. 37, § 6º da Carta Magna, resulta que o jurisdicionado lesado pode obter a devida indenização provando unicamente ter sofrido um dano indenizável pelo mau funcionamento do serviço judiciário, independentemente da prova da conduta ilícita do magistrado ou servidor da

⁴⁴ QUIRINO, Arnaldo. *Prisão Ilegal e Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 53-54.

⁴⁵ Constituição Federal, art. 5º, LIV.

Justiça. Se o dano resultar de conduta lícita ou funcionamento normal do serviço, basta a prova do nexo causal e da anormalidade e especialidade da lesão.

4.1.4 Art. 133 do Código de Processo Civil e Art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC n. 35/79)

Tanto art. 133 do Estatuto Processual Civil como o art. 49 da LOMAN contemplam a responsabilidade subjetiva, pessoal do magistrado por seus atos funcionais.

Dispõe o art. 133 do CPC, que é repetido na LOMAN sem alterações significativas em sua redação:

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

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

II – recusar, omitir ou retardar; sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

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

Entretanto, dentro da sistemática constitucional atual (art. 37, § 6º), a responsabilidade primária é do Estado, e estes dispositivos devem ser invocados somente por ocasião da ação de regresso, movida pelo Estado em face do magistrado faltoso.⁴⁶ Há quem defenda, por outro lado, estarem revogadas estas regras que prevêm a responsabilidade pessoal dos juízes, por mostrarem-se incompatíveis com o princípio da responsabilidade objetiva estabelecido pela Constituição Federal. Prefere-se, contudo, fazer sua interpretação **conforme** a Constituição, utilizando-se o dispositivo do CPC e da LOMAN somente quando da propositura da ação regressiva pela Administração.

A responsabilidade primária do Estado se justifica em face da necessidade de independência da magistratura no desempenho de suas funções. O magistrado, em suas

⁴⁶ Conforme SERRANO JÚNIOR, op. cit., p. 85-86.

atividades, sujeita-se somente à lei, tendo plena liberdade na formação de seu convencimento. Não pode, pois, ser constantemente incomodado por ações indenizatórias. A responsabilização do Estado impede que tal inconveniente aconteça, eis que o Poder Público somente ajuizará ação de regresso quando vislumbrar ter agido o julgador com dolo ou culpa. Apesar destas considerações, foram mencionados autores que admitem a propositura da ação de indenização diretamente em face do funcionário causador do dano, ou contra Estado e servidor em litisconsórcio passivo.

Note-se contudo que, para a responsabilização pessoal do juiz, no caso do inciso I, deve haver a prova de sua intencionalidade – vontade livre e consciente de violar a lei – que, no pensamento de Odoné Serrano Júnior, por ser deveras difícil, constitui verdadeira *probatio diabolica*.

Jorge de Oliveira Vargas⁴⁷ constata com propriedade que, em nossos dias, dificilmente o juiz será responsabilizado pela hipótese do inciso II, eis que se exige que a recusa, omissão ou retardamento da providência se dê sem justo motivo. Aduz que normalmente há motivo justificado, tais como o excesso de serviço, falta de serviços e de estrutura apropriada. Nestes casos, sustenta que a responsabilidade será tão somente do Estado.

4.1.5 Art. 630 do Código de Processo Penal

Reza o dispositivo:

Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos

§ 1º - Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela Justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2º - A indenização não será devida:

- a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;
- b) se a acusação houver sido meramente privada.

⁴⁷ VARGAS, op. cit., p. 32.

Esta regra está ligada ao instituto da revisão criminal, que, muito embora esteja capitulada entre os recursos, na verdade constitui verdadeira ação, de caráter constitutivo-negativo, cuja finalidade é desconstituir uma decisão anterior transitada em julgado.

Cuida o artigo acima transcrito de indenização pelo erro judiciário penal. Rui Stoco afirma que

não se justifica nos dias atuais o estabelecimento de uma regra específica para o erro judiciário, tal como posto no art. 630 do CPP, sem definição e esclarecimento necessário, se no art. 5º da Constituição Federal já existe uma regra geral, estabelecendo a responsabilidade do Estado e o seu dever de indenizar tanto o condenado por erro judiciário quanto a pessoa presa além do tempo fixado na sentença.⁴⁸

Da leitura do preceito legal sob análise depreende-se que o erro judiciário típico, em matéria criminal, pode ser corrigido por outro julgado superior, através da revisão criminal. Mas, de acordo com o citado autor, “corrigir o erro através de Revisão Criminal não é o mesmo que reparar o erro, no sentido civilístico da palavra, o que só se consegue no Juízo Cível, após declaração dessa circunstância”.⁴⁹

Segue este jurista lecionado que erro judiciário consiste, em sentido ordinário, na sentença criminal de condenação injusta. Em sentido mais amplo, alcança, ainda, a prisão preventiva injustificada, o excesso de pena e o cumprimento de pena além do tempo fixado na sentença. Não se legitima, hoje, excluir da possibilidade de erro qualquer tipo de prisão, seja definitiva, decorrente de sentença, seja preventiva, cautelar ou provisória.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁵⁰ sustenta que

é razoável que se indenize quem sofreu erro judiciário. A sociedade deve-lhe reparação pelo dano material ou moral que tenha sofrido. Ao Estado cabe, a responsabilidade objetiva, pois é ele quem representa a sociedade como um todo.

⁴⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 5. ed. rev., atual e ampl. do livro *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial – Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 793.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *apud* STOCO, *ibidem*, p. 795.

Note-se que o § 1º do art. 630 encontra-se ultrapassado, em razão de o CPP ser anterior à criação da Justiça Federal. Desta feita, o erro judiciário proveniente de julgamento realizado pela Justiça Federal, será a União responsável; se emanado da Justiça Estadual, responderá o Estado-membro.

A alínea “a” do § 2º trata a hipóteses de o erro ser derivado exclusivamente de ato da vítima. Cuida-se de excludente ou atenuante da responsabilidade estatal. Se a conduta do lesado for a causa exclusiva do fato lesivo, restará afastada a responsabilidade pela ausência do liame causal; se houver concorrência de culpas, a responsabilidade será mitigada.

É importante ressaltar que a indenização será devida mesmo nos casos de erro ocorrido em ação penal privada, configurando-se como equivocado e injusto o estabelecido pelo § 2º, alínea “b” do art. 630. A Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXV, não estabelece diferenciação alguma. Além disso, o fato de a acusação ter sido privada não retira o caráter da sentença como ato jurisdicional, proferido após a apreciação das provas pelo juiz.

Há autores – Rui Stoco, Juary C. Silva, dentre outros – que consideram a desconstituição do julgado como pré-condição essencial para a ação de indenização. Para estes, a revisional (no crime) ou a rescisória (no cível) exsurtem como pressuposto lógico indispensável para se aviventar a reparabilidade do erro judiciário. Outros autores, ao contrário – posição da qual partilhamos – defendem que a demanda indenizatória independente da prévia revisão criminal, eis que se tratam de pretensões distintas: na revisão criminal busca-se desconstituir os efeitos da sentença; na ação de reparação de danos postula-se a recomposição dos prejuízos gerados pelo erro judiciário. É o posicionamento de Odoné Serrano Júnior, por exemplo.⁵¹

4.2 A RESPONSABILIDADE PELA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Em conformidade com o magistério de Juary C. Silva

⁵¹ SERRANO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 84-85.

nem toda atividade judiciária dá imagem à prolação de uma sentença de mérito. Incumbem por igual ao Judiciário atos de natureza não jurisdicional, senão de índole administrativa...[...] nem sempre atividade judiciária quer dizer atos dos juízes, pois legalmente há aqueles que competem aos serventuários: atos de certificação, de registros, de formação de instrumentos, etc.⁵²

É sabido, pois, que o Poder Judiciário não é composto apenas de juízes, mas também de servidores públicos incumbidos de atividades burocráticas e preparatórias que auxiliam a atuação dos magistrados.

Além disso, os próprios julgadores podem atuar como agentes da administração. Pode-se citar os seguintes exemplos, dentre outros: disposição sobre servidores, abertura de concurso para provimento de cargos, correições, despachos meramente ordinatórios, atos da chamada “jurisdição voluntária”, expedição de instruções sobre matéria de sua privativa competência, etc.

Todos esses atos, tanto os praticados pelos servidores da Justiça, quanto os perpetrados por juízes, são judiciais, mas materialmente administrativos – quando ao seu conteúdo. Quando lesivos, acarretam a responsabilidade objetiva do Estado sem maior contestação. São regidos pelo regime comum da responsabilidade estatal, fazendo incidir a regra do art. 37, § 6º, da Lei Fundamental.

4.3 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS CONTRÁRIAS À RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR DANOS ADVINDOS DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – CRÍTICAS E REFUTAÇÃO DE SUAS CONTRADIÇÕES E INCONGRUÊNCIAS

O dano causado pelo desempenho da atividade jurisdicional do Estado é um dos últimos redutos de resistência à doutrina da responsabilidade objetiva do Estado.

É a posição sustentada por juristas pátrios de pouca visão – ou a serviço de interesses escusos, no entendimento de Odoné Serrano Júnior.⁵³

⁵² SILVA, Juary C. *A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 185.

⁵³ SERRANO JÚNIOR, op. cit., p. 119.

Uma vez admitida a responsabilidade geral do Estado por atos danosos dos seus agentes, não há razão para dela excluir os atos de alguns agentes.

Até mesmo o consagrado Hely Lopes Meirelles por muito tempo nesse sentido se orientou (reformulando seu pensamento após a promulgação da CF de 1988), defendendo que

para os atos administrativos, já vimos que a regra constitucional é a responsabilidade objetiva da Administração. Mas, quanto aos atos legislativos e judiciais, a Fazenda Pública só responde mediante a comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva. Esta distinção resulta do próprio texto constitucional, que só se refere aos agentes administrativos (servidores), sem aludir aos agentes políticos (parlamentares e magistrados), que não são servidores da Administração Pública, mas sim, membros de Poderes de Estado.⁵⁴

Entende-se que, no estágio constitucional atual, esta oposição não tem mais razão de ser.

Importante é, salientar novamente o inteiro teor do art. 37, § 6º da Lei Maior:

Art. 37. A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

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

Da leitura deste preceito, depreende-se que a Constituição Federal de 1988, ao tratar dos princípios norteadores da Administração Pública, quis abarcar não só o Poder Executivo, mas todo os Poderes, e dentre eles, o Judiciário.

Verifica-se ainda que o texto não menciona agentes administrativos, expressão que excluiria parlamentares e magistrados, mas se refere a **agentes**, de um modo geral, abrangendo todas as pessoas que operam serviços públicos.

⁵⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 625.

Segundo regras básicas de interpretação, deve-se analisar um parágrafo à luz do *caput* ao qual pertence. Se o *caput* do art. 37 trata de todos os Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, logicamente seu parágrafo também se refere aos três.

Importantíssimo revelar a necessidade da interpretação teleológica da regra. Conforme a instrução de Jorge Vargas “a finalidade da norma é proteger o usuário não apenas em relação a este ou aquele serviço público, mas em relação a todos”.⁵⁵

A despeito dessa argumentação, não poucos autores seguem a posição de Juan Semon, transcrita na obra de Rui Stoco “Mesmo quando o juiz erra, a responsabilidade do Estado não fica empenhada pelo ato jurisdicional, porque o magistrado não faz mais que aplicar a lei, de acordo com o sistema legal vigente, sujeito, é claro, às falhas de qualquer atividade humana”.⁵⁶

Di Pietro sintetiza as diversas razões a partir das quais os autores refutam essa responsabilidade. Consistem, basicamente, nos seguintes argumentos:

- a) o Poder Judiciário é soberano;
- b) os juízes têm de agir com independência no exercício de suas funções, sem o temor de que suas decisões possam ensejar a responsabilidade do Estado;
- c) o magistrado não é funcionário público;
- d) a indenização por dano decorrente de decisão judicial infringiria a regra da imutabilidade da coisa julgada.⁵⁷

Seguindo o pensamento da ilustre jurista, entende-se que tais afirmações não merecem prosperar, eis que são repletas de contradições e incongruências.

Relativamente à **soberania**, vale lembrar a lição de José Cretella Júnior⁵⁸, segundo o qual **soberano é o Estado**, e esta soberania é una. Os três poderes não são soberanos individualmente, devem obediência à Lei e à Constituição.

O exercício das funções jurisdicionais do Estado, importa, de fato, em manifestação de sua soberania. Mas não coloca o Poder Judiciário em posição *supra legem*. A soberania é poder supremo, mas não absoluto, intocável, ilimitado. Assim era

⁵⁵ VARGAS, op. cit., p. 36.

⁵⁶ STOCO, op. cit., p. 805.

⁵⁷ DI PIETRO, op. cit., p. 510.

⁵⁸ CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 277.

considerado à época das Monarquias Divinas. Não se coaduna, pois, com o Estado de Direito.

Vale aqui as lições da professora Maria Helena Diniz, ao desvelar a indissociável relação entre autoridade e responsabilidade:

A soberania, no Estado de Direito, é reconhecida à Nação e não a qualquer de seus poderes, em si mesmo. Mesmo que se admitisse a soberania do Judiciário, este fato não exoneraria o Estado do dever de ressarcir danos causados por atos judiciais, por não haver autonomia entre soberania e responsabilidade, pois soberania não quer dizer infalibilidade ou irresponsabilidade.⁵⁹

Se fosse aceitável o argumento da soberania, o Estado também não responderia pelos atos do Poder Executivo, em relação aos quais não se contesta a responsabilidade.⁶⁰

A idéia de **independência** do Judiciário no exercício de suas funções também é equivocada para o fim de excluir a responsabilidade estatal. Sendo a independência atributo de todos os poderes, o mesmo temor de causar dano poderia pressionar o Executivo.

Não se ignora, entretanto, a peculiar condição desses agentes. Concorde-se com o pensamento de Hely Lopes Meirelles, trazido à baila na obra de Jorge Vargas:

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa das dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e de opções políticas. Daí porque aos 'agentes políticos' necessitam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e de decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficariam sujeitos os funcionários profissionalizados.⁶¹

Claro está que as garantias estabelecidas pela Constituição em favor dos juízes para que possam exercer suas funções com dignidade, isenção e imparcialidade

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena *apud* SERRANO JÚNIOR, op. cit., p. 124-125.

⁶⁰ Conforme DI PIETRO, op. cit., p. 510-511.

⁶¹ VARGAS, op. cit., p. 44.

constituem garantias aos próprios administrados. Não se quer afastar, aqui, a liberdade do magistrado em interpretar a lei e dar à lide a solução que sua consciência reputar mais justa.

Em razão disso, demonstramos anteriormente que a melhor solução é a responsabilidade primária e direta do Estado pelos atos dos seus juízes. Condenada a Administração, o magistrado seria incomodado por meio da ação regressiva unicamente quando se vislumbrassem indícios de que agiu com dolo ou culpa. Chega-se então a conclusão de que esta seria a maneira de equilibrar os valores responsabilidade e independência deste Poder Constituído.

Como bem menciona Odoné Serrano Júnior, “o direito do usuário (ou consumidor) dos serviços judiciários à reparação de danos quando forem injustamente lesionados não pode ser derogado em nome de se garantir a independência dos magistrados”.⁶²

Inconcebível a proposição de que **o juiz não é funcionário público**, eis que ele ocupa cargo público criado por lei e se enquadra no conceito legal desta categoria funcional. Exercem atividade específica, própria e monopolizada pelo Estado. São agentes políticos, titulares de cargos que compõe a estrutura fundamental do governo. Conforme explanado acima, a Constituição, ao consagrar a responsabilidade objetiva do Estado, não faz qualquer ressalva ou discriminação quanto às categorias de agentes públicos.

No tocante à **intangibilidade da coisa julgada**, é sabido que este princípio não é absoluto: não há princípio em Direito que exiba esta qualidade. Os valores paz social e segurança jurídica, perseguidos pelo instituto da coisa julgada, podem entrar em conflito com outros valores de justiça. O razoável é, pois, buscar um equilíbrio.

Di Pietro ressalta as lições de Edmir Netto de Araújo para sustentar que “uma coisa é admitir a incontestabilidade da coisa julgada, e outra é erigir essa qualidade como fundamento para eximir o Estado do dever de reparar o dano”.⁶³ Acrescenta dispondo que “o que se pretende é possibilitar a indenização ao prejudicado, no caso

⁶² SERRANO JÚNIOR, op. cit., p. 127.

⁶³ DI PIETRO, op. cit., p. 511.

de erro judiciário, mesmo que essa coisa julgada não possa, dado o lapso prescricional, ser mais modificada”.⁶⁴

Rui Stoco reproduz em sua obra os ensinamentos de Fabiano André de Souza Mendonça, que defende a possibilidade de responsabilização estatal sem que isto moleste o princípio da autoridade da coisa julgada:

Tem-se uma decisão judicial que, transitada em julgado, provocou dano a alguém. Salvo a apuração de culpa da vítima na ocorrência dessa decisão, a responsabilização do Estado, que é um terceiro na relação, não afetará o cumprimento dos atos impostos pela decisão. Este apenas responsabilizar-se-á, patrimonialmente, seja qual for o tipo de decisão: condenatória, declaratória, constitutiva ou desconstitutiva, ou ainda em processo cautelar, executivo ou mandamental, pela decisão que achou por bem proferir. Às partes envolvidas caberá cumpri-la, e à prejudicada, buscar recompor o dano [...] a responsabilidade não vai de encontro ao juiz. Vai de encontro ao Estado. Caso contrário, ela seria um óbice à democracia. Na verdade, é um preço que o Estado paga pela paz social, pelo risco assumido nessa tarefa.⁶⁵

No que tange ao erro judiciário civil, discute a doutrina sobre o dever de responsabilidade do Estado após a configuração da **coisa soberanamente julgada**.

Um primeiro posicionamento é no sentido de que, transcorridos dois anos do trânsito em julgado da decisão, sem sua rescisão, não mais haveria a possibilidade de reparação dos danos por ela causados. A lesão ocasionada por decisão insuscetível de recursos e de procedimentos rescisórios seria irremediável.

O segundo posicionamento, que se pensa ser mais adequado, é expressado nas palavras de Serrano Júnior:

... uma coisa é a ação rescisória, que visa desconstituir a sentença cível transitada em julgado, outra, totalmente independente e autônoma, é a ação de indenização. A ação de indenização não busca a desconstituição da sentença lesiva, mas a mera reparação dos danos.⁶⁶

Este mesmo autor⁶⁷ traz em seguida outro argumento utilizado pelos que refutam a responsabilidade estatal por atos judiciários, qual seja, o de que **não há responsabilidade do Estado onde não há texto legal expresso** (*il n'y a pas de*

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ STOCO, op. cit., p. 806.

⁶⁶ SERRANO JÚNIOR, op. cit., p. 139.

⁶⁷ Ibidem, p. 145.

responsabilité sans texte). Os defensores desta tese tomam a irresponsabilidade como regra e a responsabilidade como exceção, fazendo-a depender de intervenção legislativa, como é o caso do art. 630 do CPP, por exemplo.

Tal raciocínio não subsiste ao tomar-se em consideração que a Constituição Federal adota a responsabilidade do Estado como princípio. Desta forma, a responsabilidade estatal não carece de norma específica para ser aplicada, ela decorre da própria Lei Maior do país (arts. 5º, LXXV, e 37, § 6º).

4.4 PÓDER JUDICIÁRIO – ATUAÇÕES E OMISSÕES PASSÍVEIS DE GERAR DANOS AOS JURISDICIONADOS E CAPAZES DE ENSEJAR A RESPONSABILIDADE ESTATAL

4.4.1 Erro Judiciário Civil e Criminal

No ensinamento de Odoné Serrano Júnior,

... o erro judiciário, *lato sensu*, é um *error in iudicando*. Ele freqüentemente sucede por: a) dolo do juiz; b) culpa do juiz, nas modalidades negligência ou imprudência; c) decisão contrária à prova dos autos (por dolo ou culpa do juiz); d) indução a erro através da juntada ou não aos autos de elemento relevante ao esclarecimento da verdade (culpa da vítima ou culpa de terceiro – exclusiva 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.⁶⁸

É, no seu entender, um risco inerente à própria atividade jurisdicional, cabendo ao Estado assumi-lo, para figurar na posição de devedor, quando o erro judiciário gerar prejuízo à esfera moral ou patrimonial de alguém – sempre levando-se em conta as características do dano indenizável, já enumerados anteriormente.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 149.

Não há dúvidas quanto ao fundamento da obrigação estatal de indenizar o erro judiciário, que se configura como a necessidade de reparar as falhas do serviço público judicial. Conforme Juary C. Silva,

não vemos por que, se o Estado-Administração responde por seus erros, não deva fazê-lo o Estado-Jurisdição. Este fundamento não é de origem metafísica, suprajurídica, mas sim estritamente jurídico, como que um corolário do Estado de Direito e da submissão estrita do Estado à ordem jurídica, a despeito de lhe dar vida e sustentá-la o próprio Estado.⁶⁹

Deve-se buscar sempre a restituição ao estado anterior do lesionado, seu retorno ao *status quo ante*.

O erro judiciário penal é o que mais intensamente lesiona os direitos da pessoa. Pode atingir a vida, a liberdade, a honra, a reputação, o crédito e a família do injustiçado. Salienta Maria Helena Diniz que

com a indenização a vítima poderá reingressar na vida social, mas é preciso deixar claro que o Estado deverá fazer o possível para restabelecer a situação anterior ao erro judiciário, dando ao condenado injustamente uma reparação patrimonial proporcional à privação da liberdade e às lesões morais e econômicas que sofreu....⁷⁰

Vale lembrar que as hipóteses restritivas de erro judiciário penal – art. 630 do CPP – não esgotam as possibilidades de pretensão ao ressarcimento desta espécie, como já explanado anteriormente.

O erro judiciário civil, muito embora atinja, no geral, interesses patrimoniais de natureza disponível, também deve ser ressarcido pelo Estado, por ser igualmente, “produto viciado do serviço judiciário, que enseja a responsabilidade objetiva de seu fornecedor, qual seja, o Poder Público”.⁷¹

A responsabilização deve ser limitada a erros graves. Não se configura deficiente funcionamento do serviço judiciário as inevitáveis diferenças de interpretação da lei ou erros não grosseiros em sua aplicação.

⁶⁹ SILVA, Juary C., op. cit., 189.

⁷⁰ DINIZ, Maria Helena *apud* SERRANO JÚNIOR, op. cit., p. 151.

⁷¹ Conforme SERRANO JÚNIOR, *ibidem*, p. 152.

Igualmente, descabe a responsabilização do Estado se o dano for imputável ao próprio prejudicado, ou à parte contrária, diretamente ou por seus procuradores judiciais.

4.4.2 Prisão Provisória de Pessoa Inocente

São as modalidades de prisão provisória, processual ou cautelar: a prisão em flagrante (arts. 301 a 310 do CPP), prisão preventiva (arts. 311 a 316 do CPP), prisão resultante de pronúncia (art. 408, § 1º do CPP), prisão resultante condenatória recorrível (art. 594 do CPP) e prisão temporária (Lei n. 7960, de 21 de dezembro de 1989). Todas elas têm pressupostos, condições de admissibilidade e fundamentos próprios, cuja enumeração exorbita o objetivo deste trabalho.

Em rigor, o recolhimento da pessoa ao cárcere só deveria ocorrer para o cumprimento de uma sentença penal condenatória, de acordo com o regime de liberdades individuais que orienta o nosso Direito. Entretanto, pela necessidade de se garantir a ordem pública, a instrução criminal (acautelar a prova da materialidade do fato e da respectiva autoria) e a aplicação da lei penal, dentre outros, prevê nossa legislação modalidades de segregação sem o caráter de pena, que devem ser reservadas a casos estritamente indispensáveis, como medidas de exceção, e ainda assim, cercadas de garantias contra abusos e ilegalidades.

Odoné Serrano Júnior com propriedade menciona que

eventuais decretações indevidas, ou por mais tempo que o devido, serão descontadas do tempo da pena privativa de liberdade em que o réu for condenado. Mas nos casos de absolvição, mormente com prova cabal da inocência, geram a responsabilidade do Estado. [grifo do autor]. (...) a prisão provisória, mesmo quando lícita, torna-se materialmente injusta quando o detido é inocentado ou quando é condenado por infração penal que não comporta pena privativa de liberdade, ou ainda, quando a pena privativa de liberdade cominada é inferior à sofrida.⁷²

⁷² Ibidem. p. 156.

Juary C. Silva, constatando as conseqüências nefastas da clausura, assevera que

tampouco o encarceramento é suscetível de anulação quanto aos seus efeitos pretéritos, pois ninguém pode restituir ao preso a vivência dos dias que passou privado da liberdade; o que é admissível é indenizá-lo por esse fato, conforme o princípio geral de que as obrigações insuscetíveis de satisfação 'in natura' convertem-se em perdas e danos.⁷³

Falecido o condenado, cabe aos seus herdeiros o direito ao ressarcimento, conforme se apurar em execução.

4.4.3 Abuso de Autoridade

Atua com abuso de autoridade o servidor que excede ou desvia o poder que lhe é conferido por lei.

A Lei n. 4.898/65, através das alíneas "a", "d", "e" e "i" do seu art. 4º, delinea situações em que os agentes do Poder Judiciário podem praticar atos com abuso de autoridade:

- a) ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;
- ...
- d) deixar o juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;
- e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;
- ...
- i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade.

São todos atentados à liberdade de locomoção do indivíduo, que caracterizam o mau funcionamento do serviço judiciário, apto a legitimar passivamente o Estado em uma ação de indenização, resguardado seu direito de proceder regressivamente contra o autor do abuso.

⁷³ SILVA, Juary C., op. cit., p. 188.

São válidas as considerações de Maria Helena Diniz sobre este tópico: “A má-fé, abuso ou desvio de poder do magistrado, por constituírem ato ilícito, dão origem à responsabilidade do Estado, mas o juiz responderá pelo seu ato, na ação regressiva, se agiu com dolo”.⁷⁴ O mesmo vale para os demais servidores do Poder Judiciário.

4.4.4 Liminar em Mandado de Segurança e em Outras Ações

Mandado de Segurança é a ação constitucional destinada a amparar direito penal líquido e certo. Está disciplinado pela Lei n. 1.533/51, com modificações posteriores pelas Leis n. 2.770/56, 4.348/64, 6.014/73 e 6.071/74. O direito invocado, para render ensejo à segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições para ser exercido no momento da impetração.

A concessão de liminar em mandado de segurança é um meio importantíssimo para sua **eficácia** contra a ilegalidade. Ao propor a ação, o impetrante poderá pedir a imediata suspensão do ato impugnado, o que poderá ser ordenado pelo juiz ao despachar a inicial.

A liminar deverá, pois, ser concedida quando a demora puder acarretar dano irreparável para o impetrante. E, conforme Vicente Greco Filho, “deve o juiz também conceder a medida quando a lesão ao direito individual puder consumir-se com a demora e a concessão não causar mal maior ao interesse público”.⁷⁵

Ao lado disso, temos a introdução em nosso sistema processual civil do instituto da tutela antecipada (art. 273 do CPC). Constitui-se na antecipação dos efeitos da sentença, em demanda satisfativa, ou seja, a realização provisória dos eventuais efeitos de uma sentença de procedência.

Tem como requisitos o *fumus boni iuris* – verossimilhança do direito posto pelo autor como fundamento do pedido – e o *periculum in mora* – fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena *apud* SERRANO JÚNIOR, op. cit., p. 159.

⁷⁵ GRECO FILHO, op. cit., p. 309.

Entende-se, na esteira do pensamento de Odoné Serrano Júnior⁷⁶, que, tanto num como noutro caso, o indeferimento da tutela liminar, quando devida, ou seu deferimento indevido, são aptos a gerar danos e, de conseguinte, fazer brotar a responsabilidade estatal. Pode-se analisar o não deferimento da liminar, quando presentes os requisitos para tanto, sob a ótica da **denegação de justiça**, que significa a negação, por parte do Estado-Juiz, em oferecer a devida proteção aos direitos de seus jurisdicionados.

Tendo em vista a objetividade deste dever de reparar, basta que se demonstre o nexo causal entre a ilegal decisão e o dano sofrido. Mais uma vez, vale lembrar que não há que se perquirir acerca de dolo ou culpa do magistrado, restando tal exame para a ocasião da ação regressiva.

4.4.5 Demora na Prestação da Tutela Jurisdicional

A confiança da sociedade no Poder Judiciário está abalada. A principal explicação para este fato constitui-se na morosidade da solução dos litígios, que vulnera absurdamente o direito dos cidadãos a uma adequada tutela jurisdicional.

A Constituição da República estabelece como direito fundamental o acesso à justiça: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Este dispositivo deve ser analisado de forma ampla, não significando simplesmente a entrada em juízo do pedido formulado pela parte. O verdadeiro acesso à justiça consubstancia-se quando o processo é concluído em tempo satisfatório, “de tal maneira que a demora não sufoque o direito ou a expectativa do direito”.⁷⁷

Acrescente-se que a Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, deu nova redação ao art. 37 e seu § 3º, para garantir de maneira explícita que os serviços públicos devem ser prestados com **eficiência** e qualidade. Conforme José Afonso da Silva, eficiência se obtém “pelo melhor emprego de recursos e meios (humanos,

⁷⁶ SERRANO JÚNIOR, op. cit., p. 160-161.

⁷⁷ Conforme VARGAS, op. cit., p. 46.

materiais e institucionais) para melhor satisfazer as necessidades coletivas num regime de igualdade entre os usuários”.⁷⁸ Por óbvio, no âmbito dos serviços judiciários, quer significar a prestação da tutela em tempo razoável, sem dilações indevidas.

. Fabiano André de Souza Mendonça bem coloca:

A justiça tardia, portanto, não é justiça... Antes, ela degrada e faz o homem perder a dignidade. Ele passa a penar por anos, décadas, a fio, por entre os corredores de um foro, no aguardo de uma manifestação, qualquer que seja, do Poder ao qual foi confiada a missão de preservar ameaças e lesões aos direitos de cada um de nós.⁷⁹ [grifo do autor]

Não nos olvidemos das palavras de Nicolò Tocker, no sentido de que a duração excessiva do processo constitui

fenômeno que propicia a desigualdade... é fonte de injustiça social, porque a resistência do pobre é menor que a do rico: este, e não aquele, pode, de regra, aguardar, sem sofrer grave dano, uma justiça lenta... Um processo longo beneficia, em última análise, a parte rica em detrimento da parte desafortunada.⁸⁰

Sabe-se que essa lentidão na maior parte dos casos decorre da sobrecarga de trabalho e insuficiência de recursos no âmbito do Poder Judiciário. Contudo, isso não exime o Estado do dever de reparar os danos causados pelo retardamento da entrega da prestação jurisdicional. Ao contrário, a demora representa uma prestação imperfeita do serviço público. Segundo Odoné Serrano Júnior, o serviço do Estado que funciona tardiamente “é apto a deflagrar a responsabilidade estatal, com base na teoria da *faute du service*”.⁸¹

Se a demora provier, todavia, de desídia dos agentes judiciários, é assegurado o direito de regresso do Estado em face daquele que obrou com dolo ou culpa.

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 651.

⁷⁹ MENDONÇA, André de Souza *apud* VARGAS, op. cit., p. 63.

⁸⁰ TOCKER, Nicòlo *apud* VARGAS, ibidem, p. 62.

⁸¹ SERRANO JÚNIOR, op. cit., p. 166.

Sem embargo dos dispositivos constitucionais que já prevêm o direito a uma jurisdição tempestiva, é essencial lembrar que o Estado Brasileiro aderiu à “Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, o denominado “Pacto de San José de Costa Rica”.

Este tratado internacional dispõe, em seu art. 8, que

toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. [grifo do autor]

Os países signatários deste pacto comprometeram-se a adaptar sua legislação interna para o fim de tornar efetivo os direitos e deveres ali consagrados.

Essas disposições fazem parte de nosso Ordenamento em razão do § 2º do art. 5º de nossa Lei Fundamental, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Para os tratados internacionais que envolvem direitos humanos não existe a necessidade de intermediação do Poder Legislativo para que se dê vigência às suas normas.⁸²

No pensamento de Jorge Vargas,

esperar que o Estado espontaneamente procure corrigir e aprimorar o serviço judicial é uma ilusão, por isso se torna imprescindível que seja obrigado a tanto, e isto poderá ser feito através de sua responsabilização objetiva pela prestação da tutela ineficiente ou intempestiva.⁸³

Por fim, os desígnios de Mário Moacyr Porto:

A realidade mostra que não é mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça, quer pela ineficiência dos serviços forenses, quer pela indolência dos seus Juízes. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação de Justiça pelo retardamento da entrega da

⁸² Sobre este assunto, ver as considerações de VARGAS, op. cit., p. 74 e seg., que invoca as lições de Clémerson Marlin Clève e Antônio Augusto Cançado Trindade.

⁸³ VARGAS, op. cit., p. 162.

prestação jurisdicional. Outro caminho não tem o administrado senão o de voltar-se contra o próprio Estado que lhe retardou a Justiça, e exigir-lhe reparação civil pelo dano, pouco importando que por tal via também enfrente idêntica dificuldade.⁸⁴

⁸⁴ PORTO, Mário Moacyr *apud* VARGAS, op. cit., p. 90.

CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar que não existe antinomia entre a responsabilidade do Estado e a atividade do Poder Judiciário, em virtude do seu **exercício anormal ou irregular**. Pode o dever de reparar ser deflagrado até pela sua **atuação normal**, se dela advierem danos aos particulares e não tiver o lesado contribuído para o prejuízo. Esta conclusão decorre do fato de a responsabilidade do Poder Público por atos danosos dos seus agentes ser consagrada como princípio em nossa Lei Fundamental.

Isto posto, nos é ilícito assentar as principais conclusões que defluem deste trabalho, a propósito da responsabilidade do Estado por danos provenientes da atuação do Poder Judiciário:

- a) a responsabilidade civil, também definida como responsabilidade patrimonial, é o instituto que sujeita a pessoa que praticou ato lesivo ao interesse civilmente protegido de outrem ao dever jurídico de reparar o prejuízo;
- b) a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal, é direta e objetiva, sem que se necessite adentrar a seara do subjetivismo da agente, ou seja, ela prescinde da caracterização de culpa (*lato sensu*);
- c) esta responsabilidade abrange tanto os órgãos e agentes da administração direta como as pessoas jurídicas de direito público ou privado prestadoras de serviços públicos, o que exclui as entidades da administração indireta que executem atividade econômica de natureza privada;
- d) a parte final do art. 37, § 6º da CF assegura o direito de regresso da pessoa jurídica em face do agente causador do dano. Esta ação possui os seguintes requisitos: 1) tenha a pessoa jurídica sido condenada a indenizar terceiro por ato lesivo de seu agente; 2) tenha o agente responsável obrado com dolo ou culpa;
- e) as idéias de Estado Democrático de Direito e de República exigem a sujeição de toda e qualquer pessoa, pública ou privada, à ordem jurídica, de forma que o dano causado à esfera juridicamente protegida de outrem

gerará para o seu autor o dever de repará-lo. Ao lado disso, o **fundamento da responsabilidade pública** reside: no caso de comportamentos **ilícitos**, comissivos ou omissivos, nos princípios da legalidade e igualdade. No caso de comportamentos **lícitos**, a razão está em se garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atividades desenvolvidas no interesse de todos, evitando que se rompa o equilíbrio entre os encargos sociais;

- f) o dano apto a deflagrar a responsabilidade estatal deve existir em decorrência da prestação do serviço público – aqui está o nexo de causalidade. Excluem o liame de causa e efeito a culpa da vítima, ato de terceiro, força maior e caso fortuito. Se à força maior estiver aliado o dever do estado em evitar o dano, sua responsabilidade não estará afastada;
- g) o dano indenizável é: 1) aquele que consolida uma lesão a bem juridicamente protegido da vítima; 2) que é ilegítimo, ou seja, o titular que sofreu a lesão não possui o dever jurídico de suportá-lo; 3) que é certo, no sentido de que não pode ser eventual ou possível, mas deve ter existência concreta, podendo, todavia, ser atual (presente) ou futuro. No tocante ao dano causado por atuação lícita do Estado, cumpre verificar ainda duas outras características, quais sejam: 1) especialidade do dano, que é aquele que atinge especificamente determinada pessoa ou grupo, e não a coletividade ou categoria genérica e abstrata de pessoas; 2) anormalidade do dano, que é o que extrapola os pequenos prejuízos inerentes à vida em sociedade. É o dano que efetivamente desequilibra a equânime distribuição dos ônus públicos, vulnerando o princípio da isonomia;
- h) não há fundamento jurídico válido para a exclusão dos atos judiciais (jurisdicionais ou de conteúdo meramente administrativo) da regra geral da responsabilidade do Estado;
- i) negar indenização a estas vítimas de danos injustos implica em negar a própria missão do Poder Judiciário, que é a de semear justiça;

- j) não merecem prosperar os argumentos pró-irresponsabilidade – o Poder Judiciário é soberano, necessidade de independência dos juízes no exercício de suas funções, o magistrado não é funcionário público, a indenização constitui afronta ao princípio da intransigibilidade da coisa julgada, não há responsabilidade onde não há texto legal expresso;
- k) ser soberano não significa estar acima da lei; a ser aceito este argumento, não subsistiria responsabilidade nem mesmo com relação aos atos do Poder Executivo;
- l) a independência dos juízes é garantida através da responsabilização primária e direta do Estado, que só incomodará o juiz se houver indícios de que este atuou com dolo ou culpa. Além disso, a independência é de todos os Poderes, e o mesmo temor poderia abalar o Poder Executivo, em relação ao qual não se contesta a responsabilidade;
- m) inaceitável a idéia de não ser o juiz funcionário público. Muito embora pertença a uma categoria especial, dada a relevância das funções que exerce, como titular de cargo estrutural à organização política do país, ele se enquadra no conceito legal dessa categoria funcional, por prestar serviços ao Estado;
- n) o princípio da intransigibilidade da coisa julgada não possui o condão de afastar a responsabilidade do Estado, porque o que se pretende é possibilitar a indenização do prejudicado, mesmo que esta decisão não possa, em razão do lapso prescricional, ser mais modificada;
- o) conceber que não pode haver responsabilidade onde não há texto legal expresso é o mesmo que admitir a irresponsabilidade como regra e a responsabilidade como exceção, idéia que não se compadece com o Estado de Direito;
- p) a responsabilidade por atos judiciais encontra supedâneo no mencionado art. 37, § 6º da Carta Magna, que não estabelece diferenciação entre os agentes públicos, abrangendo para fins de responsabilidade civil todas as pessoas incumbidas da realização de qualquer serviço público. Desta forma, os magistrados, como agentes políticos, de igual forma dão ensejo

à responsabilidade estatal se, no exercício de suas atividades, causarem danos a terceiros;

- q) a responsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário abrange, além dos atos dos juízes, os atos dos serventuários da Justiça em geral, eis que tanto uns quanto outros são considerados agentes públicos;
- r) além do art. 37, § 6º, em que a Lei Maior traça as normas gerais a respeito da responsabilidade pública, seu art. 5º, LXXV, ressalta que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”;
- s) os arts. 133 do CPC e 49 da LOMAN devem ser interpretados em conformidade com a Constituição. Por preverem a responsabilidade **pessoal** do juiz, devem ser invocados tão somente quando da propositura da ação de regresso pelo Estado, para ressarcimento dos valores que pagou a título de indenização;
- t) as hipóteses restritivas do art. 630 do Código de Processo Penal não esgotam as possibilidades de pretensão ao ressarcimento da espécie;
- u) a ação de responsabilização do Estado concernente a atos judiciais engloba as hipóteses de erro judiciário (civil e criminal), prisão provisória de pessoa inocente, abuso de autoridade, denegação de justiça, não concessão de liminar quando presentes seus pressupostos (ou concessão indevida) e demora na entrega da prestação jurisdicional, dentre outras situações passíveis de ocasionar danos aos administradores; e abarca atos provenientes de qualquer que seja a Justiça considerada: da União, dos Estados-membros, Distrito Federal e Territórios, comum ou especialista (Militar, Eleitoral ou Trabalhista).

REFERÊNCIAS

- CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CRETILLA JÚNIOR, José. **O Estado e a Obrigação de Indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Responsabilidade Civil do Estado-Juiz**. Curitiba: Juruá, 1995.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

QUIRINO, Arnaldo. **Prisão Ilegal e Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Atlas, 1999.

SAUWEN FILHO, João Francisco. **Da Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SERRANO JUNIOR, Odoné. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais**. Curitiba: Juruá, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 651.

SILVA, Juary C. **A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos**. São Paulo: Saraiva, 1985.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 5. ed. rev., atual e ampl. do livro Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial – Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VARGAS, Jorge Oliveira. **Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 1999.