



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAFAEL DIAS YAMAGUCHI

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JUDICIAIS:
AÇÃO REGRESSIVA**

**FORTALEZA
2006**

RAFAEL DIAS YAMAGUCHI

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JUDICIAIS: AÇÃO REGRESSIVA

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC/CE), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. M^a. Fernanda Cláudia Araújo da Silva Vaccari.

FORTALEZA
2006

RAFAEL DIAS YAMAGUCHI

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JUDICIAIS: AÇÃO REGRESSIVA

Monografia apresentada no Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFC/CE), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. M^a. Fernanda Cláudia Araújo da Silva Vaccari.

Aprovada em 12 / 06 / 2006

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. M^a. Fernanda Cláudia Araújo da Silva Vaccari (Orientadora)
Universidade de Fortaleza e Universidade Federal do Ceará

Maria Celina Aquino Serra
Universidade Federal do Ceará

Leonardo Lima Nunes
Bacharel em Direito

*A minha madrinha, pelos carinhosos
cuidados que teve comigo durante toda minha
vida.*

*A meus pais, cuja educação dada me
ajudará em toda minha vida.*

AGRADECIMENTOS

À professora Fernanda Cláudia Araújo da Silva Vaccari, que me orientou neste estudo monográfico com muita presteza;

As bibliotecárias da Procuradoria da República no Ceará, pela constante ajuda na pesquisa bibliográfica;

À Camila Guimarães, pela companhia ímpar e por todo apoio dado neste estudo monográfico.

Aos meus amigos Leonardo e Renato, pelas sugestões dadas neste trabalho e especialmente pela incontestável amizade;

Aos meus amigos, por estarem ao meu lado.

“Uma coisa essencial à justiça que se deve aos outros é fazê-la, prontamente e sem adiamentos; demorá-la é injustiça”.

La Bruyère

“De que valem leis, onde falta nos homens o sentimento da justiça?”.

Rui Barbosa

“Governar é manter a balança da justiça igual para todos”.

Roosevelt

RESUMO

Analisa a responsabilidade do Estado, com o escopo de demonstrar sua plena aplicação no tocante aos atos judiciais. Acentua como se aplica a responsabilidade do Estado aos atos do Poder Judiciário. Sugestiona um modelo de responsabilização do Estado por danos causados pelos magistrados e apresenta um rol exemplificativo de situações em que o Poder Judiciário causa danos ao administrado. Demonstra os casos em que assiste ao Estado o direito de promover a ação regressiva em face do juiz causador de dano.

Palavras chave: Responsabilidade do Estado. Atos Judiciais. Ação Regressiva. Culpa Grave. Dolo. Espécies de Responsabilidade. Formas de Responsabilização.

ABSTRACT

Analyzes the administration responsibility to demonstrate its full application to judicial acts. Accentuates how the administration responsibility is applicable to acts from judiciary power. Suggests a model of administration responsibility for damage caused by a magistrate and introduces an exemplifying list of situations in which judiciary power causes damage to particulars. Demonstrates the cases that the administration has the right to promote an action against the magistrate that caused any kind of damage.

Keywords: Administration Responsibility. Judicial Acts. Regress Action. Serious Fault. Fraud. Responsabilization Species. Aspects of Responsabilization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	15
1.1 Conceito de responsabilidade	15
1.2 Espécies de responsabilidade	20
1.2.1 <i>Responsabilidade contratual e extracontratual</i>	21
1.2.2 <i>Responsabilidade subjetiva e objetiva</i>	21
1.2.2.1 Responsabilidade subjetiva	22
1.2.2.2 Responsabilidade objetiva	25
2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO	27
2.1 Evolução histórica da responsabilidade do Estado: da irresponsabilidade à responsabilidade objetiva do Estado.	31
2.1.1 <i>Responsabilidade subjetiva do Estado</i>	33
2.1.2 <i>Teorias publicistas</i>	36
2.1.3 <i>Teoria da responsabilidade objetiva</i>	39
2.2 Evolução da responsabilidade do Estado no Brasil	42
2.2.1 <i>A Constituição de 1824</i>	42
2.2.2 <i>A Constituição de 1891</i>	43
2.2.3 <i>A Constituição de 1934</i>	45
2.2.4 <i>A Constituição de 1937</i>	45
2.2.5 <i>A Constituição de 1946</i>	45
2.2.6 <i>A Constituição de 1967</i>	46
2.2.7 <i>A Constituição de 1988</i>	46
3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JUDICIAIS	51
3.1 Atos judiciais e judiciários	52
3.2 A responsabilidade do Estado por atos judiciais: histórico	53
3.3 Responsabilidade do Estado por atos judiciais: irresponsabilidade x responsabilidade	58
3.3.1 <i>Argumentos em favor da irresponsabilidade. Insuficiência</i>	61
3.3.1.1 Soberania do Poder Judiciário	61
3.3.1.2 Incontrastabilidade da coisa julgada	63
3.3.1.3 A falibilidade dos juízes	65
3.3.1.4 Os magistrados não são funcionários públicos	67
3.3.1.5 Independência dos magistrados	68
3.3.1.6 Inexistência de responsabilidade sem texto legal expreso	70
3.3.1.7 Aumento dos encargos públicos	71
3.3.1.8 Risco de fraudes	72
3.3.1.9 A possibilidade de não se necessitar do Poder Judiciário e se necessitar da Administração Pública	73
3.4 Responsabilização do Estado por atos judiciais	74
3.4.1 <i>Erro judicial</i>	76
3.4.2 <i>Denegação de justiça</i>	79
3.4.3 <i>Serviço judiciário defeituoso</i>	79
3.4.4 <i>Dolo ou culpa do magistrado</i>	80
4 AÇÃO REGRESSIVA EM FACE DO JUIZ CAUSADOR DO DANO	81
4.1 Forma de ação de regresso	84
CONSIDERAÇÕES FINAIS	86
REFERÊNCIAS	90

INTRODUÇÃO

A responsabilidade do Estado é um tema muito abordado na doutrina e na jurisprudência pátria e alienígena. O tema revela-se de suma importância, especialmente no aspecto prático, posto que é comum que uma atividade do Estado venha a causar danos aos administrados.

A responsabilização do Estado por atos de seus agentes é, hodiernamente, reconhecida e aceita em quase todos os países, especialmente naqueles que se dizem estar regidos por um Estado democrático e de direito.

Assim, praticamente em quase todos os ordenamentos jurídicos, a responsabilidade do Estado é reconhecida e, nos casos de ações comissivas da Administração Pública, atribuída de forma objetiva (independentemente de culpa). Ressalta-se que, inclusive nos países onde a irresponsabilidade do Estado era fortemente defendida, como nos Estados Unidos e na Inglaterra, houve uma mudança no pensamento jurídico e, ainda que de forma insatisfatória com relação aos demais países, especialmente os europeus, admite-se a responsabilidade do Estado.

Evidentemente, não foi instantaneamente que se passou a responsabilização do Estado. Toda evolução jurídica tem antes, por fundamento e pano de fundo, as mudanças sociais de uma época. Em outras palavras, o regime jurídico de um determinado tempo é reflexo político-social de uma sociedade.

Destarte, especialmente no campo da responsabilidade do Estado, é cristalina a influencia dos aspectos políticos e sociais de uma época para o advento de uma maior ou menor responsabilidade.

Assim, a evolução, no tocante a responsabilização do Estado por atos de seus agentes, passou de um período em que não se admitia a responsabilidade do Estado (como no caso do antigo regime), permitindo-se, no máximo, a responsabilização pessoal do agente em diminutos casos, até o advento da teoria do risco administrativo, consubstanciado na responsabilidade primária do Estado, averiguada de forma objetiva (independentemente de haver ou não culpa do agente público). Até mesmo já se pensou em uma teoria do risco integral, onde o Estado responderia ainda que não concorresse para o nexo causal (não poderia legar as excludentes de sua responsabilidade, como o caso fortuito e a força maior).

Sem sombra de dúvidas, o caminho até a responsabilidade objetiva do Estado foi longo, e foi reflexo das mudanças sociais e dos anseios da sociedade, que requeria mais justiça e igualdade na relação entre a Administração Pública e o administrado.

Entretanto, apesar da evolução, culminando-se com o advento do Art. 37, §6.º da Constituição Federal, que responsabiliza o Estado por danos causados pelos atos de seus agentes, considerando-se agente público como qualquer pessoa que exercite a vontade da Administração Pública ou a consecução de algum objetivo por ela almejado, a jurisprudência pátria, especialmente a dos tribunais superiores, continua conservadora no tocante a responsabilidade por atos judiciais.

Para os magistrados que assim pensam, o Estado não poderia ser responsabilizado pelos danos causados pela atividade jurisdicional do Estado, posto que o exercício da jurisdição é um reflexo da soberania do Poder Judiciário, bem como que, ao se responsabilizar o Estado, estaria se tolhendo a tão importante independência funcional dos juízes, garantida em inúmeros dispositivos da Carta Magna.

No máximo, poder-se-ia responsabilizar o Estado por danos causados por atos judiciários, entendidos como aqueles sem carga decisória, realizada, via de regra, pelos serventuários da justiça. Nesses casos, a jurisprudência admite a responsabilidade do Estado porque considera tais atos de índole administrativa, e, por conseguinte, aplicável seria o Art. 37, §6.º da Constituição Federal.

Entretanto, verifica-se que tal posicionamento é demasiadamente ultrapassado e não encontra guarida na ordem constitucional vigente. A responsabilização do Estado é regra, não havendo dispositivo constitucional que excepcione que a atividade jurisdicional não pode ser responsabilizada.

Assim, o presente estudo monográfico tem por escopo é demonstrar que o Estado deve ser responsabilizado pelos atos judiciais. Não só que deve ser responsabilizado, mas evidenciar que os argumentos em prol da irresponsabilidade do Estado são fracos e não subsistem, seja por uma análise lógica dos mesmos, seja em contraste com a ordem constitucional vigente.

Além de demonstrar que o Estado deve ser responsabilizado, evidenciará a forma como se dará tal responsabilização e, por conseguinte, em que casos o Poder Público poderá promover a ação regressiva em face do magistrado causador do dano.

O presente estudo monográfico, para melhor entendimento da responsabilização do Estado por atos judiciais, será dividido em quatro assuntos:

O primeiro capítulo irá abordar o tema da responsabilidade, trazendo os principais conceitos e formas de se averiguar a responsabilidade, posto que são conceitos fundamentais para se entender a responsabilidade do Estado.

O segundo capítulo irá tratar da evolução da responsabilidade do Estado. Uma análise da evolução da responsabilidade do Estado é de suma importância para se conhecer as diversas teorias acerca da responsabilização do Estado. Além disso, impende-se afirmar que algumas de tais teorias criadas em tempos passados, ainda são utilizadas em nosso ordenamento jurídico. Ainda neste capítulo, delinear-se-á a responsabilidade do Estado na Constituição Federal de 1988.

O terceiro capítulo tratará da responsabilidade do Estado por atos judiciais, demonstrando-se a necessidade de se responsabilizar o Estado, rebatendo as teses que tem por intuito sustentar a irresponsabilidade por atos oriundos do Poder Judiciário, justificando a responsabilidade do Estado por atos judiciais e, ainda, demonstrando como se dará a responsabilização da Administração Pública.

O último capítulo tratará de um tema específico da responsabilização do Estado por atos judiciais, qual seja, a ação regressiva em face do magistrado causador de um dano ao particular. É clara a importância do tema, especialmente pelo fato em que se deve conciliar a necessidade do Estado em se ressarcir (necessidade não só no plano econômico, mas moral também) com a independência funcional do juiz.

O presente trabalho usará metodologia caracterizada como um estudo descritivo analítico, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica. Relativamente à tipologia, esta será, segundo a utilização dos resultados, pura. No tocante a abordagem, será de forma qualitativa. Por fim, quanto aos objetivos da pesquisa, buscar-se-á ser descritiva e explanatória. Considerando-se a interdisciplinaridade da ciência jurídica, buscar-se-á, em diversos ramos jurídicos, como o direito administrativo, o constitucional e o direito civil, a fundamentação teórica deste trabalho.

É evidente que este estudo monográfico não tem a pretensão de esgotar um tema tão amplo e importante, muito menos dar uma solução definitiva ao tema, mas, outrossim, contribuir para a evolução do pensamento jurídico nacional e, acima de tudo, garantir um tratamento justo e isonômico na relação Estado e particular, especialmente quando o primeiro causa danos ao segundo, prestigiando os princípios insculpidos na Carta Magna e contribuindo para a evolução do estado democrático de direito.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de se adentrar no estudo da responsabilidade civil do Estado por atos judiciais, é de bom alvitre que sejam feitas algumas considerações acerca da responsabilidade civil e, principalmente, a maneira como a responsabilização do Estado evoluiu, não só no direito comparado, como nos diversos ordenamentos jurídicos que existiram no Brasil.

1.1 Conceito de Responsabilidade

De tal sorte, o estudo monográfico deve ser iniciado na palavra-chave fundamental do tema proposto, qual seja, a responsabilidade civil.

O termo responsabilidade pode ser utilizado para expressar diversas situações no universo jurídico. Nesse sentido, traz-se a colação sábias palavras do festejado professor Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 12):

O termo *responsabilidade*, embora com sentidos próximos e semelhantes, é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. A responsabilidade, em sentido amplo, encerra noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um ou outro evento ou ação. Assim, diz-se, por exemplo, que alguém é responsável por outrem, como o capitão do navio pela tripulação e pelo barco, o pai pelos filhos menores etc. Também a responsabilidade reporta-se no sentido de capacidade: o amental, por exemplo, a princípio não responde por seus atos, porque não possui capacidade, embora o novo Código lhe tenha atribuído uma responsabilidade pessoal mitigada. Em nosso estudo, interessa a responsabilidade como fato ou ato punível ou moralmente reprovável, como a violação de direitos do novo Código, o que acarreta reflexos jurídicos.

Não podem ser olvidadas, também, as lúcidas palavras de Cavalieri Filho (2006, p. 24), acerca da etimologia da palavra responsabilidade:

É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocabulário não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em

apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

De tal monta, é necessário ser feita uma breve explanação sobre as diferenças entre obrigação e responsabilidade. A responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, que nasce da violação da obrigação, dever jurídico originário. Assim, como exemplo, aquele que se obrigou a realização de um determinado serviço e não o realizou (obrigação, dever jurídico originário), está obrigado a reparar as perdas e danos causadas pelo inadimplemento da obrigação assumida (responsabilidade, dever jurídico sucessivo). Assim, para se saber quem é o responsável pelo não adimplemento de determinado dever jurídico originário (obrigação), deve-se verificar a quem a lei atribuiu tal obrigação, pois não pode haver responsabilização sem a violação de alguma obrigação preexistente.

Ilustrando e corroborando com o abordado, traz-se a luz as importante palavras de Alois Brinz, citado por Cavalieri Filho (2006, p. 25):

Devemos a Alois Brinz essa importante distinção entre obrigação e responsabilidade, o primeiro visualiza dois momentos distintos na relação obrigação: o débito, (*shuld*), consistente na obrigação de realizar prestação e dependente da ação ou omissão do devedor; e o da responsabilidade (*haftung*), na qual se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a fim de obter a correspondente indenização pelos prejuízos causados em virtude do descumprimento da obrigação originária (*apud* Arnaldo Wald, *Direitos das obrigações*, 15.^a ed., Malheiros Editores, 2001, p. 35).

O Código Civil Brasileiro, em seu Art. 389, faz a distinção entre obrigação e responsabilidade:

Art. 389 - Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (CIVIL, Código Civil. Editora Revista dos Tribunais, 2005).

Ademais, o Código Civil Brasileiro, no Art. 927, indicou, claramente, que a responsabilidade origina-se a partir de um ato ilícito, nascendo obrigação de se indenizar, restaurando-se o *status quo ante*. Destarte, traz-se a colação os dispositivos do supradito diploma legal, acerca do ato ilícito e do dever de indenizar (responsabilidade):

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

Art. 187 - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Desse modo, cristalino é que o novo diploma civil brasileiro abarcou não só conceituou o fenômeno da responsabilidade civil, como também, diferentemente do anterior diploma substantivo, informou qual a fonte originadora de tal obrigação.

Utilizando-se a classificação das obrigações entre legais e voluntárias, as primeiras oriundas da lei e as segundas das vontades das partes (através de um contrato, por exemplo), resta claro que a obrigação de indenizar (responsabilidade pelo inadimplemento de uma obrigação originária) é legal.

Corroborando com tal entendimento, traz-se a apreço as palavras de Cavalieri Filho (2006, p. 26):

Qual a natureza jurídica dessa obrigação de indenizar? Segundo consta a nomenclatura as obrigações podem repartir-se em voluntárias e legais. As primeiras são aquelas criadas por negócios jurídicos, trata-se de contratos ou não, em função do princípio da autonomia da vontade. Obrigações. Em suma existem porque as partes quiseram que elas existissem e têm justamente o conteúdo que lhes quiseram imprimir. As segundas são as obrigações impostas pela lei, dados certos pressupostos; existem porque a lei lhes dá vida e com o conteúdo por ela definido. A vontade das partes só intervém como condicionadora, e não como modeladora

dos efeitos jurídicos estatuídos na própria lei. Pois bem, a obrigação de indenizar é legal, vale dizer, é a própria lei que determina quando a obrigação surge e a precisa conformação que ela reveste.

De tal modo, não há como haver responsabilidade, e conseqüentemente, obrigação de indenizar, se não houver o desrespeito a uma obrigação jurídica originária. Ainda, só é possível se verificar a pessoa responsável pela obrigação de indenizar, se delinear a obrigação jurídica originária e quem foi responsável pelo seu descumprimento.

O Direito Civil informa diversas hipóteses em que determinados atos podem dar ensejo a obrigação de indenizar (responsabilidade). Entretanto, ante o extenso e praticamente inimaginável número de causas jurídicas, especialmente pelo fato de predominar neste campo jurídico o princípio da autonomia das vontades, preferimos por citar apenas as mais importantes, através de trecho da obra de Cavalieri Filho (2006, p. 28):

As causas jurídicas que podem gerar a obrigação de indenizar são múltiplas. As mais importantes são as seguintes: a) ato ilícito (*stricto sensu*), isto é, lesão antijurídica e culposa dos comandos que devem ser observados por todos; b) ilícito contratual (inadimplemento), consistente no descumprimento de obrigação assumida pela vontade das partes; c) violação de deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividades de risco ou utilizam coisas perigosas; d) obrigação contratualmente assumida de reparar o dano, como nos contrato de seguro e fiança (garantia); e) violação de deveres especiais impostos pela lei àquele que se encontra numa determinada relação jurídica com outra pessoa (casos de responsabilidade indireta), como os pais em relação aos filhos menores, tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados; f) ato que, embora lícito, enseja a obrigação de indenizar nos termos estabelecidos na própria lei (ato praticado em estado de necessidade).

Cumprе ressaltar que, para diversos doutrinadores civilistas, há uma íntima relação entre o conceito de ato ilícito e o de culpa, tornando-se tormentosa a definição da mesma ante a responsabilidade objetiva, onde a culpa não é elemento da mesma. Dessa monta, para os autores que relacionam a culpa no conceito de ato ilícito, é impossível haver ato ilícito sem culpa, não havendo, por conseguinte, fato gerador da responsabilidade objetiva.

Orlando Gomes explica que no caso da responsabilidade objetiva, o ato gerador de tal fenômeno jurídico não pode ser considerado ilícito (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 31). Ainda, outros festejados doutrinadores, afirmam que a responsabilidade civil com culpa (subjéitiva) relaciona-se com o ato ilícito. E a responsabilidade objetiva, relacionar-se-ia com algum comportamento, em tese, lícito.

Entretanto, verifica-se impróprio tal posicionamento. A fim de que se possa conviver harmoniosamente os conceitos de ato ilícito e responsabilidade civil objetiva e subjéitiva, outro enfoque deve ser dado a matéria, a fim de que a premissa de que toda responsabilidade decorrer do descumprimento de uma obrigação originária.

Destarte, para uma melhor abordagem dessa temática, é necessário analisar o duplo aspecto da ilicitude. No plano objetivo, ela relaciona-se apenas com a desconformidade do ato em relação ao que o Direito requeria. O simples fato de a conduta ser contrária a uma determinada norma jurídica, já é o suficiente para taxa-la como ilícita. No plano subjéitivo, faz-se um juízo valorativo a respeito desse descumprimento, só sendo isso possível analisando a conduta humana no caso. Assim, no plano subjéitivo, só pode haver ilicitude se esta, no plano objetivo, estiver qualificada pela culpa.

Portanto, partindo-se do duplo aspecto do ato ilícito, tem-se o conceito de ato ilícito em sentido estrito e amplo. Em sentido estrito, é o conjunto de pressupostos da responsabilidade – ou, se preferirmos, da obrigação de indenizar (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 32).

No sentido amplo, ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 33).

Assim sendo, verifica-se que, hodiernamente, ante a expansão do campo de incidência da responsabilidade civil objetiva, só se é possível conceituar o ato jurídico, ou melhor, o único conceito que realmente pode dar ao ato ilícito a função de gerar a obrigação de reparar, e conseqüentemente, a responsabilidade, é conceito amplo do mesmo. Cumpre destacar que inclusive, no campo da responsabilidade civil subjetiva, o conceito estrito de ato ilícito tornou-se obsoleto demais, não podendo abarcar todas as hipóteses da responsabilidade com culpa.

O Código Civil de 2002, em boa hora, trouxe em seu bojo uma postura dicotômica, trazendo a responsabilidade civil com e sem culpa no Art. 927 e parágrafo único. Ainda, formulou dois conceitos de ato ilícito, um abrangente, no supracitado Art. 186, e um mais amplo, destituído do conceito de culpa, no Art. 187. Sem dúvida, tal posicionamento foi um avanço importante no campo da responsabilidade.

1.2 Espécies de responsabilidade

De acordo com a qualidade da obrigação violada, a responsabilidade pode ser de índole contratual ou extracontratual. Em ambas, frise-se novamente, a um desrespeito a uma obrigação originária, o que as diferencia são a fonte dessas obrigações. Quando o dever jurídico que foi violado tiver por origem a vontade das partes, como nos casos dos contratos, tem-se por configurada a responsabilidade contratual. Diferentemente, haverá

responsabilidade extracontratual quando o dever jurídico violado não estiver em um acordo de vontades, mas sim na lei ou em uma ordem jurídica (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 39).

1.2.1 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Conforme explicitado Cavalieri Filho (2006, p.39), a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque no ordenamento jurídico brasileiro:

Em nosso sistema a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque. Pelo contrário, há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que as regras previas no Código para a responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual.

Nesse estudo monográfico, contudo, só se dará enfoque a responsabilidade extracontratual, posto que, a atividade jurisdicional é função essencial do Estado, independente de relação contratual entre as partes, impondo-se pela soberania do mesmo. Ademais, a responsabilidade contratual do Estado resolve-se, com a devida particularidade dos contratos administrativos, utilizando-se os mesmos princípios aplicados aos contratos de direito civil, pois nestes, o Estado relaciona-se com o particular como se fosse um, sendo sujeito de direitos e obrigações.

1.2.2 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Dentre as possíveis classificações da responsabilidade civil, certamente a que possui maior interesse é a que cuida da existência do pressuposto culpa no conceito de responsabilidade civil.

Assim, ante a importância do tópico, impende-se fazer uma análise mais detalhada a respeito dessas duas modalidades de responsabilidade.

1.2.2.1 Responsabilidade Subjetiva

A responsabilidade subjetiva, construção dos clássicos teóricos do direito civil, está muito ligada ao conceito de culpa. Na responsabilidade subjetiva, para ser imputado à alguém o dever jurídico (sucessivo) de reparar algum dano, é necessário que esta tenha agido, pelo menos com culpa, seja por imperícia, imprudência ou negligência. Nessa modalidade de responsabilização, a culpa torna-se o pressuposto mais importante, não podendo o indivíduo sofrer alguma censura pelo ordenamento jurídico, se não for demonstrada a existência desse pressuposto.

Conforme fartamente explanado em diversos manuais de Direito Civil e Administrativo, a responsabilidade civil subjetiva apresenta três pressupostos, quais sejam: a conduta culposa do agente, o nexo causal e o dano.

Assim, para que seja imputada responsabilidade a alguém, é necessário que a conduta (porque como ato, a mera declaração de vontade de causar um prejuízo não enseja a prática de ato ilícito), seja ao menos culposa. Quando se fala de culpa, culpabilidade, no ramo da responsabilidade civil, tem-se por abranger o dolo e a culpa.

No dolo, a conduta, do seu nascedouro, já é ilícita, pois o agente tem por escopo inicial a prática de um ato ilícito. Na culpa, diferentemente, o ato realizado pelo agente, a início, não é ilícito, entretanto por descuido de algum dever de cuidado, acaba por realizando

uma conduta juridicamente qualificada por ilícita. Nas palavras de Cavalieri Filho (2006, p. 55):

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante -, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita em sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente da falta de cuidado.

Quanto a culpa, em sentido estrito, pode ser repartida em três graus: grave, leve e levíssima. Conforme brilhante magistério do professor Venosa (2003, p. 25):

A doutrina tradicional triparte a culpa em três graus: grave, leve e levíssima. A culpa grave é a que se manifesta de forma grosseira, e, como tal, se aproxima a do dolo. Nesta se inclui também a culpa consciente, quando a gente assume o risco de que o evento danoso e previsível não ocorrerá. A culpa leve é a que se caracteriza pela infração a um dever de conduta relativa ao homem médio, o bom pai de família. São situações nas quais, em tese, o homem comum não transgrediria o dever de conduta. A culpa levíssima é constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de conhecimento especial para o caso concreto, poderia ter. Entendemos que, mesmo levíssima, a culpa obriga a indenizar.

O referido professor ainda assina-la a existência de outra modalidade de culpa, que também deve ser lembrada. Assim, outra classificação da culpa, é a da culpa *in eligendo*, oriunda da má escolha do representante ou do preposto (VENOSA, 2003, p. 26); culpa *in vigilando*, traduzindo-se na ausência de fiscalização do patrão ou comitente com relação a empregados ou terceiros sob seu comando (VENOSA, 2003, p. 26) e culpa *in custodiendo*, quando o agente é responsabilizado por fato de semoventes e objetos que estão em sua guarda.

Ultrapassado o elemento culpa, passa-se a analisar o pressuposto denominado nexos causal. Este pressuposto é o liame entre a conduta do autor do ato ilícito e o dano causado pelo mesmo. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do

dano (VENOSA, 2003, p.39). Conforme sabiamente explicado pelo autor, o exame da verdadeira causa para a realização do evento danoso pode ser complexa, ante a ocorrência de diversas causas, todas, em tese, aptas a causar dano. Normalmente, apontando-se a teoria da causalidade adequada, ou seja, a causa predominante que deflagrou o dano, o que nem sempre satisfaz no caso concreto (VENOSA, 2003, p.29).

Sobre a teoria da causalidade adequada, trazemos a colação respeitosa exposição de Cavalieri Filho (2006, p. 72):

Esta teoria, elaborada por von Kries, é a que mais se destaca entre aquelas que individualizam ou qualificam as condições. Causa, para ela, é o antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for a mais apropriada a produzir o evento.

Finalizando a respeito do nexos causal, tem-se que da culpa exclusiva da vítima não exsurge a obrigação de indenizar, pois rompe com o nexos causal. Também, no caso fortuito e na força maior (diferenciando-se pela imprevisibilidade como elemento indispensável do primeiro e pela inevitabilidade do segundo) há o rompimento do nexos causal. Em verdade, não há sequer nexos causal entre a conduta do agente e o dano causado. Nesse sentido trazemos a colação respeitável jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Responsabilidade civil – Danos causados em imóvel por invasão de cupins – Nexos causal inexistente.

Ninguém responde por aquilo a que não tiver dado causa, segundo fundamental princípio do Direito. E, de acordo com a teoria da causa adequada adotada em sede de responsabilidade civil, também chamada de causa direta ou imediata, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes, como ocorre na responsabilidade penal, mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado.

Assim, provado que invasão de cupins foi a causa direta dos danos sofridos pela autora, e o madeiramento deixado pela construtora no teto do imóvel apenas concausa, fica esta última exonerada do dever de indenizar.

Voto – Como se vê, várias foram as concausas que concorreram para o evento, mas, sem dúvida, a causa adequada, a causa principal e determinante, foi a revoada de cupins, fenômeno da Natureza, imprevisível e inevitável, e que não pode ser imputado

à apelada. Tanto é assim que, conforme constatado pela perícia, diversas outras unidades do prédio foram atacadas por cupins (fls. 35, *in fine*).

(TJRJ – Ap. Civil 271/95 – 2.ª C. – Relator Des. Sérgio Cavaliéri Filho)

O último pressuposto da responsabilidade subjetiva, o dano, está visceralmente ligado a idéia de responsabilidade, não podendo haver indenização sem dano, sob pena de enriquecimento sem causa. Justamente para se evitar o locupletamento ilícito, o Código Civil traz dispositivo específico a respeito do mesmo, em seu Art. 402 e 403:

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

Art. 403 - Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Ressalta-se, inclusive, que o dano não precisa ser necessariamente patrimonial, podendo ser de índole moral, sendo perfeitamente, depende da situação fática, a cumulação de danos materiais e morais.

1.2.2.2 Responsabilidade Objetiva

Diferentemente da responsabilidade subjetiva, para a objetiva não é necessário a ilicitude de índole subjetiva, bastando, para ela, a ilicitude objetiva, ou seja, a existência de uma ação que contrarie um dever jurídico originário, sendo despidendo a necessidade da valoração subjetiva do ato. Para a responsabilidade objetiva, para a caracterização do ato ilícito que dá origem ao dever de indenizar, é suficiente o conceito *latu sensu* do mesmo, já anteriormente explanado.

Lecionando acerca do tema, Venosa (2006, p. 18) explica:

Na responsabilidade objetiva, como regra geral, leva-se em conta o dano, em detrimento do dolo ou da culpa. Desse modo, para o dever de indenizar, bastam o

dano e o nexo causal, prescindindo-se da prova da culpa. Em que pese a permanência da responsabilidade subjetiva como regra geral entre nós, por força do art. 159 do Código de 1916 e do art. 186 do novo Código, é crescente, como examinamos, o número de fenômenos que são regulados sob a responsabilidade objetiva. O próprio Código Civil de 1916 adotara a responsabilidade objetiva em algumas situações, como a do art. 1529 (novo, art. 938) (responsabilidade do habitante de casa por queda ou lançamento de coisas em lugar indevido). Tendo em vista a realidade da adoção crescente da responsabilidade objetiva pela legislação, torna-se desnecessária a discussão de sua conveniência no âmbito de nosso estudo e no atual estágio da ciência jurídica.

Cumprе ressaltar que, ainda que sendo desnecessária a aferição do elemento subjetivo no ato ilícito, ainda é necessário, na responsabilidade objetiva, a demonstração do nexo causal, como liame entre a conduta do agente causador do ato ilícito em sentido amplo e o dano, bem como a real existência desse último, posto que, conforme anteriormente explicitado, quando cuidava-se da responsabilidade subjetiva, só pode haver indenização quando houver dano efetivamente comprovado.

Assim, finda a breve exposição acerca da responsabilidade e seus elementos fundamentais, passar-se-á, no capítulo seguinte, a abordar a evolução da responsabilidade do Estado, tanto no direito comparado, como nas sucessivas ordens constitucionais brasileiras.

2 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Acerca da responsabilidade do Estado, sempre é imperioso trazer a colação o entendimento de um dos mais brilhantes autores de direito administrativo pátrio, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 876):

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de repara economicamente, os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

Como qualquer outro sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, de que lhe resulta a obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva.

Como explanado pelo supracitado professor, entende-se por responsabilidade do Estado a obrigação (dever jurídico sucessivo) de o Estado, causando lesão ao administrado, seja nos casos em que aferição da culpabilidade é necessária ou não, de ressarcir os prejuízos causados.

Embora os Estados Unidos e a Inglaterra, apenas em 1946 e 1947, respectivamente, passaram adotar a tese da responsabilidade do Estado por danos causados aos administrados, ainda que com mitigações que as tornam não tão adequadas quanto se esperava, é consenso universal, nos diversos ordenamentos jurídicos existentes pelo mundo, o dever estatal de

indenizar aqueles que sofrem danos por atividades lícitas ou ilícitas no exercício da atividade administrativa.

Impende-se afirmar que a responsabilização do Estado pelos atos praticados por seus agentes, quer na modalidade subjetiva, como no caso dos danos causados pela omissão do Estado, como na modalidade objetiva, é uma forma de se prestigiar o estado democrático e de direito, a segurança jurídica, o respeito aos administrados e, acima de qualquer dúvida, a justiça.

Não é concebível, hodiernamente, que um Estado possa causar danos aos administrados, ou seja, violar deveres jurídicos originários, e não ser responsabilizado, e, conseqüentemente, indenizar a fim de que a situação retorne ao *status quo ante*. A responsabilização do Estado faz com que este não apenas seja a fonte das obrigações jurídicas que devem ser respeitados por seus cidadãos, mas como também o submete a tais normas, colocando-o, com as devidas nuanças, especialmente por ser regido pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, em paridade quando se relaciona com os administrados.

Antes de se iniciar o estudo do historio da responsabilidade do Estado no direito comparado e no Brasil, é de suma importância que sejam realizadas algumas considerações acerca da responsabilização do Estado e o sacrifício de direito por parte do administrado.

Como dito anteriormente, não há que se falar em responsabilidade, se não houver a existência de um ato ilícito (ainda que em sentido amplo). Dessa forma, quando o Estado intervém na ordem jurídica dos administrados, sacrificando determinados interesses, quando a

ordem jurídica o permite, e, conseqüentemente, acaba os indenizando, não se pode falar em responsabilidade do Estado. O sacrifício de direito, devidamente previsto no ordenamento jurídico, difere da violação de direito. Nas palavras de Mello (2004, p. 878):

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

A primeira vista, pode-se chegar a falsa premissa de que, considerando-se que somente a partir de atos ilícitos pode-se gerar a responsabilidade de alguma pessoa, não se poderia falar em responsabilidade do Estado por atos lícitos, assunto já fartamente reconhecido como possível pela doutrina nacional e alienígena.

Entretanto, a partir de uma análise mais apurada, chega-se a conclusão de que a responsabilização do Estado decorrente de atos lícitos praticados pela administração não se descompatibiliza com a premissa de que só pode haver responsabilização se alguma pessoa violar algum dever jurídico originário, ou seja, cometer ato ilícito.

Em determinadas situações, o Estado, autorizado pela ordem jurídica a praticar determinado ato, ou seja, praticando um ato, em tese, lícito, na consecução desse ato acaba por violar, indiretamente, os direitos de alguns terceiros. A ilustrar a tese da compatibilização entre a responsabilização do Estado por atos lícitos e a existência de responsabilidade somente nos casos de cometimento de ato ilícito, traz-se a colação explicação de Mello (2004, p. 878 - 879):

Sirva de exemplo o mencionado pelo Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello do ato que determina, legitimamente, o nivelamento de uma rua. Procedido este, com todas as cautelas e rigores técnicos, algumas casas ficarão, inevitavelmente, abaixo ou acima do nível da rua, com manifestos prejuízos para seus proprietários.

É evidente que o conteúdo do poder atribuído ao Estado não consistia em sacrificar o direito de alguém. Não era esta a finalidade visada pela norma que investia a Administração em poderes para determinar o nivelamento da rua. Sem embargo, resultou, como consequência desta atuação legítima – orientada para outra finalidade -, a violação do direito de alguns proprietários lindeiros à rua nivelada.

Assim sendo, depreende-se do abordado anteriormente, bem como das sábias palavras do supracitado mestre, que a atitude lícita do Estado, realizada em benefício de uma maioria, acaba por violar direitos jurídicos de uma minoria, enseja a responsabilização do Estado.

Ainda que se pese o fato de que, para a consecução do bem estar coletivo, cotejando-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, não é razoável que uma minoria acabe por sofrer violações a interesses jurídicos protegidos, em face de uma atuação do Estado, ainda nesses termos. Nesses casos, a atuação estatal, ora lícita, torna-se ilícita para estes administrados que sofreram prejuízos, gerando o dever do Estado de indenizá-los, posto que, especialmente pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não é aceitável que uma minoria sofra lesões a interesses jurídicos, para que uma maioria usufrua uma determinada modicidade.

Assim, tecidas estas considerações iniciais acerca da responsabilização do Estado, importantes para o entendimento da mesma, passa-se a discorrer sobre a evolução histórica da mesma, cotejando-se, especialmente, as principais características de cada sistema de responsabilização aventado em determinada época.

2.1 Evolução histórica da responsabilidade do Estado: da irresponsabilidade à responsabilidade objetiva do Estado.

A teoria da irresponsabilidade do Estado tem visceral ligação com o Estado Absolutista Monárquico. A necessidade, por parte da decadente nobreza em se proteger das revoltas sociais do fim do sistema feudal, e, especialmente, o advento de uma nova classe social ligada ao comércio, a moderna burguesia, e o capitalismo mercantilista internacional que esta praticava, necessitando, assim, de condições internas que os protegessem dos concorrentes internacionais, deram origem ao *Antigo Regime*, em que os reis concentraram todos os poderes em suas mãos, confundindo-se a figura deste com a do próprio Estado.

A fim de se melhor compreender como a irresponsabilidade do Estado tem profunda ligação com o *Antigo Regime*, traz-se a colação trecho da obra de José Jobson de A. Arruda (1995, p. 16):

Por outro lado, a emergência da economia mercantil e o desenvolvimento comercial e urbano também criavam condições favoráveis ao processo de centralização. O surgimento de uma nova classe social ligada ao comércio internacional, os grandes mercadores das guildas, criava novos interesses econômicos. Sua meta principal era conseguir a unificação nacional, ou seja, a uniformização de pedágios, pesos, medidas, moedas, leis e alfândegas, que dariam homogeneidade do mercado nacional – condição indispensável para a conquista do mercado internacional. Dessa forma, a centralização do poder era, para a burguesia, um meio de atingir a unificação. A abdicação de seus privilégios dentro das cidades em favor do rei tornou-se ainda mais fácil quando seu próprio poder, dentro das comunas medievais, passou a ser violentamente contestado pela pequena burguesia dos artesãos. As agitações nos principais centros urbanos tornaram-se ainda mais graves com a crise de retração do século XIV, cuja manifestação mais clara foi a peste negra.

Além do mais, a crise de crescimento do século XV, caracterizada pelo declínio do ritmo das atividades comerciais, somente poderia ser solucionada através da ampliação do mercado europeu pela incorporação de novos mercados e novas rotas; e apenas o rei, reunindo os recursos de toda a nação, teria condições para empreender a expansão comercial e

marítima, tarefa impensável para um comerciante rico, uma grande cidade ou mesmo para uma liga de poderosos mercadores.

Depreende-se do transcrito que para que fosse possível a unificação dos Estados, a supressão das revoltas que despontavam pela crise do feudalismo, a existência de uma poderosa classe econômica, ávida por novos mercados, foi necessário que fosse colocado no poder uma figura centralizadora, que pudesse dar consecução aos interesses econômicos da época, e, que, para tal, precisava fazê-lo de forma absolutista. Conseqüentemente, erigiu-se na Europa os regimes absolutistas nos quais a pessoa do rei confundia-se com a do Estado.

Assim sendo, é de fácil apreensão que, ante uma situação sócio-política como a apresentada, era necessário que o Estado se portasse de tal forma que impusesse seu poder de império sobre seus súditos de forma irrestrita, não sendo esse responsável por qualquer dano causado aos mesmos.

Destarte, nos Estados absolutistas, vigorou, a princípio, a tese da irresponsabilidade do Estado. Nessa fase, anterior ao estado de direito, a responsabilização do estado por danos causados por seus agentes era considerado um entrave a consecução dos objetivos anteriormente expostos, como explana Sérgio Cavalieri Filho (2006, p. 248 - 249):

A idéia de uma responsabilidade pecuniária da Administração era considerada como um entrave perigoso à execução de seus serviços. Retratam muito bem essa época as tão conhecidas expressões: “O rei não erra” (*The king can do no wrong*), “O Estado sou eu” (*L'État c'est moi*), “O que agrada ao príncipe tem força de lei” etc. Os administrados tinham ação apenas contra o próprio funcionário causador do dano, jamais contra o Estado, que se mantinha distante do problema. Ante a insolvência do funcionário, a ação de indenização quase sempre resultava frustrada.

Apesar de vigorar o preceito da irresponsabilidade do Estado, isto não quer dizer que os administrados estavam completamente desprotegidos dos atos unilaterais do Estado que

causassem danos, havendo leis específicas que garantiam uma indenização ao prejudicado, conforme leciona Mello (2004, p. 884):

Estas assertivas, contudo, não representavam completa desproteção dos administrados, perante os comportamentos unilaterais do Estado. Isto porque, de um lado, admitia-se responsabilização quando leis específicas a previssem explicitamente (caso, na França, de danos oriundos de obras públicas, por disposição da Lei 28 pluvioso do Ano VIII); de outro lado, também se admitia a responsabilidade por danos resultantes da gestão do domínio privado do Estado, bem com os causados pelas coletividades pública locais.

Finalizando, relativamente a irresponsabilidade do Estado, tem-se que, apesar de ser admitido a responsabilização dos agentes administrativos, quando o ato pudesse ser diretamente relacionado a um comportamento pessoal seu (MELLO, 2004, p. 884), por ser sustentado que o Estado e os agentes eram pessoas distintas, não obrigando o Estado a se responsabilizar por atos que ultrapassassem a competência de seus funcionários, tal salvaguarda restou-se praticamente inócua, como explica Mello (2004; p. 884):

É bem verdade, todavia, que a operatividade da solução, sobre se revelar insuficiente pela pequena expressão do patrimônio que deveria responder, era gravemente comprometida em sua eficácia pela existência de uma “garantia administrativa dos funcionários”. Instituída pelo Art. 75 da Constituição do Ano VIII (de 13 de dezembro de 1799), estabelecia que as ações contra estes perante os Tribunais Civis dependiam de prévia autorização do Conselho de Estado francês, o qual raramente a concedia. Disposições análogas existiam na Alemanha, nas legislações da Prússia, da Baviera e de Baden e Hesse, consoante notícia Forsthoff (ob. cit.; p. 415).

2.1.1 Responsabilidade subjetiva do Estado

Somente com o advento da Revolução Francesa, e, mais especificamente, com a idéia do estado de direito, onde o Estado, apesar de ser a fonte (na acepção genérica da palavra) do direito, também estava submetido a ordem jurídica posta, devendo respeitá-la é que foi possível se pensar na responsabilização do Estado por atos de seus agentes que causassem danos aos particulares.

Nesse sentido, ressalta Artur Marques da Silva Filho (1991, p. 71):

Portanto, a responsabilidade do Estado outra coisa não é que o subproduto do Constitucionalismo europeu continental e da concepção jurídico-liberal do Estado, que, em seguida à Revolução Francesa, veio suplantando os modelos absolutistas no solo europeu. A compreensão, que até então prevaleceu, era de que qualquer responsabilidade atribuída ao Estado implicava na sua colocação ao nível de súdito, em desrespeito a sua soberania.

A tendência constitucionalista foi aos poucos afastando a teoria da irresponsabilidade, também conhecida como “regaliana” ou “feudal”.

Em um primeiro momento, contudo, o pensamento acerca da responsabilidade do Estado foi fundamentado com base na distinção dos atos de império e os atos de gestão. Tal concepção é chamada, genericamente, de teorias civilistas, intermediárias ou mistas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2000, p. 514a) explicita os motivos da distinção dos atos de império e de gestão, considerando-se o contexto político da época:

Essa distinção foi idealizada como meio de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca por prejuízos causados a terceiros. Passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e a afasta-la nos prejuízos resultantes de atos de império. Distinguiu-se a pessoa do Rei (insuscetível de errar – *the king can do no wrong*), que praticaria os atos de império, da pessoa do Estado, que praticaria atos de gestão, através de seus prepostos.

Assim sendo, de acordo com a teoria civilista de responsabilização do Estado, os atos praticados pelo Estado seriam classificados em dois grupos distintos. Os que fossem praticados no exercício de sua soberania e escapariam assim do contraste judicial (SILVA FILHO, 1991, p. 73) seriam atos de império, não se responsabilizando o Estado. Os demais seriam atos de gestão, podendo o estado ser responsabilizado, caso fosse provada a culpa, nos moldes civilistas, de seus agentes.

Nesse sentido, assevera com primazia a professora Di Pietro (2000, p. 513 – 514a):

Numa primeira fase distinguia-se, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão. Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante ao direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes, os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.

Entretanto, é de fácil percepção que a distinção de atos de império e de gestão seria muito tormentosa, o que acabou por dificultar a aplicação da teoria civilista da responsabilidade do Estado, necessitando-se, por conseguinte, de um novo modelo de responsabilização. Não obstante, além das dificuldades de classificação dos atos, a jurisprudência ainda distinguia os atos praticados pelos agentes públicos relacionadas com a atividade do Estado e as que não tinham correlação. Nesse sentido, explica José dos Santos Carvalho Filho (2004, p. 447):

Essa forma de atenuação da antiga teoria da irresponsabilidade do Estado provocou grande inconformismo entre as vítimas de atos estatais, porque na prática nem sempre era fácil distinguir se o ato era de império ou de gestão. Ao mesmo tempo, a jurisprudência procurava distinguir, de um lado, as faltas do agente atreladas à função pública, e, de outro, as faltas dissociadas de sua atividade. Logicamente, tais critérios tinham mesmo que proporcionar um sem número de dúvidas e confusões.

Em um último momento, apesar de fartamente demonstrada a insuficiência da distinção dos atos de império e de gestão das teorias mistas, alguns autores passaram a defender a idéia de se abandonar a distinção entre os atos de império e os de gestão, responsabilizando-se o Estado quando se provasse a culpa, nos moldes da doutrina civilista. Ressalta-se, que tal orientação foi recepcionada pelo Código Civil Brasileiro de 1916, em seu Art. 15. Nesse sentido, doutrina a professora Di Pietro (2000, p. 514a):

Embora abandonada a distinção entre atos de império e de gestão, muitos autores continuaram apegados à doutrina civilista, aceitando a responsabilidade do Estado desde que demonstrada a culpa. Procurava-se equiparar a responsabilidade do

Estado à do patrão, ou comitente, pelos atos dos empregados ou prepostos. Era a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva.

A doutrina civilista serviu de inspiração ao art. 15 do Código Civil Brasileiro, que consagrou a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado.

Desse modo, constatada a insuficiência do modelo civilista de responsabilização do Estado, o pensamento jurídico evoluiu a se aplicar, a idéia de culpa da administração, princípios de ordem pública, que acabaram por gerar as teorias publicistas acerca da responsabilidade do Estado.

2.1.2 Teorias publicistas

Conforme exposto por diversos autores, o advento das teorias publicistas acerca da responsabilidade civil do Estado, independentemente da existência de qualquer orientação nos textos normativos vigentes à época, deu-se através da famosa decisão proferida no caso Blanco, pelo Tribunal de Conflitos francês, em 1.º de fevereiro de 1873. Assim, é oportuno trazer a colação a explicação da professora Di Pietro (2000, p. 514a):

O primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade do Estado segundo princípios de direito público foi dado pela jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873: a menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fuma; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se por princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme a necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.

Assim, as teorias civilistas foram abandonadas face o advento das teorias publicistas acerca da responsabilidade do Estado, sendo, uma das primeiras delas, a que se baseou na culpa anônima ou impessoal (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 250).

Desse modo, veio a lume a teoria da culpa do serviço, também chamada de *faute du service*, da falta do serviço, da culpa administrativa ou do acidente administrativo. Ressalta-se que esta teoria afastou a idéia de culpa do agente administrativo, passando-se a falar em culpa do serviço público. Nesse ponto, pondera Mello (2004, p. 886), acerca da errônea tradução da expressão *faute du service* (*faute* é culpa em francês, erroneamente traduzida por falta, para o idioma pátrio) e a falsa impressão que ela pode incorrer:

É mister acentuar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja a tradução que se dê) não é de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Para a teoria da culpa do serviço, caso o serviço público não funcione (omissão), funcione atrasado ou funcione mal, há a existência de responsabilidade do Estado, sem a necessidade de se perquirir da culpa do agente público.

Acerca da responsabilidade subjetiva do Estado com base na teoria da culpa do serviço, ainda é importante asseverar que a existência de presunções relativas, que eximem o a vítima do evento danoso de comprovar a culpa da administração não torna este tipo de responsabilidade em objetiva. Assim explicita Mello (2004, p. 887):

Em face da presunção de culpa, a vítima do evento do dano fica desobrigada de comprova-la. Tal presunção, entretanto, não elide o caráter subjetiva desta responsabilidade, pois, se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência – antítese de culpa -, estará isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade.

Ainda, pondera o supradito autor (2004, p. 887), acerca da responsabilidade do Estado com base na culpa do serviço se basear em dados objetivos:

O argumento de que a falta do serviço (*faute du service*) é um fato objetivo, por corresponder a um comportamento objetivamente inferior aos padrões normais devidos pelo serviço, também não socorre os que pretendem caracteriza-la como hipótese de responsabilidade objetiva. Com efeito, a ser assim, também a responsabilidade por culpa seria responsabilidade objetiva (!), pois é culposa (por negligência, imprudência, ou imperícia) a conduta objetivamente inferior aos padrões normais de diligência, prudência ou perícia devidos por seu autor.

Por fim, arremata (2004, p. 887 - 888), acerca da errônea caracterização, que alguns autores fazem, da responsabilidade com base na culpa do serviço ser de natureza objetiva:

O que cumpre distinguir é a objetividade de dada conduta, à qual se atribui o dano, e a objetividade da responsabilidade. A primeira é sempre objetiva, pois o Direito só se ocupa de situações tomadas em sua objetividade, isto é, como um dado objetivo. A segunda, sê-lo-á ou não.

Há responsabilidade objetiva quando basta para caracteriza-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracteriza-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática de comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido. Por isso, é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo.

Destarte, com a evolução do pensamento jurídico e evolução dos estados de direito, as hipóteses de responsabilização do Estado foram se alargando, chegando-se a moderna concepção da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, a seguir explicitada.

2.1.3 Teoria da responsabilidade objetiva

Evoluindo-se o pensamento acerca da responsabilização do Estado, e, conseqüentemente da idéia do estado de direito e do relacionamento entre os administrados e o Poder Público, não permitindo invasões ilícitas a ordem jurídica dos particulares, chegou-se a concepção objetiva da responsabilidade do Estado. Cavalieri Filho (2006, p. 252) aborda o fundamento da necessidade da responsabilidade objetiva:

Na última fase dessa evolução proclamou-se a responsabilidade objetiva do Estado, isto é, independentemente de qualquer falta ou culpa do serviço, desenvolvida no terreno próprio do Direito Público. Chegou-se a essa posição com base nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. Se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é, também, que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos. O que não tem sentido, nem amparo jurídico, é fazer com que um ou apenas alguns administrados sofram todas as conseqüências danosas da atividade administrativa.

Assim, com o advento da responsabilização objetiva do estado, passou-se a prescindir a análise do elemento subjetivo do ato praticado (culpabilidade). Na responsabilidade objetiva, a simples idéia de ato ilícito em sentido amplo (a simples conduta em desacordo com o esperado pela ordem jurídica) já é suficiente para a caracterização e atribuição da responsabilidade ao Estado.

Entretanto, a responsabilidade objetiva do Estado não abarca somente os atos ilícitos (ainda que em sentido amplo). Ela também é aplicada nos casos de atos lícitos praticados pelo Estado, que acabam gerando danos aos administrados. Nesse sentido, leciona Mello (2004, p. 888):

Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configura-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e dano.

Assim sendo, na responsabilidade objetiva, a culpabilidade não é pressuposto da mesma, bastando a análise a comprovação do nexo causal entre a ação e o resultado e o dano causado ao prejudicado.

Assim, ante a imputação da responsabilidade de forma objetiva ao Estado, duas teorias foram criadas acerca de sua aplicação, quais sejam: a teoria do risco integral e a teoria do risco administrativo. Na doutrina, contudo, a maioria dos autores não faz distinção entre as duas teorias.

Para a teoria do risco administrativo, atribui-se responsabilidade ao Estado pelo risco gerado por sua atuação na sociedade, posto que, aplicando-se o princípio da igualdade entre os componentes da sociedade, todos deverão suportar os encargos públicos. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 252 - 253). Assim, caso o administrado sofra uma lesão por uma atuação do Estado, este deve ser indenizado, independentemente da existência de culpa do agente público, bastando-se verificar a existência do nexo causal e do dano.

Contudo, o temperamento dessa teoria está no fato de apesar de não ser necessária a comprovação da culpa por parte do Estado (ou melhor, de seu agente público), admite causas excludentes da responsabilidade do Estado. Em verdade, tais causas são casuísticas que acabam por romper o nexo causal. E, como se sabe, não havendo nexo causal, ainda tratando-se de responsabilidade objetiva, não há como se haver responsabilização.

Assim sendo, permite-se a administração pública provar, e, conseqüentemente, eximir-se da responsabilidade de indenizar o particular, quando ocorrer a culpa exclusiva da vítima, a culpa de terceiros, força maior e caso fortuito. Verifica-se, nesses casos, que há o rompimento do nexo de causalidade, não ensejando a responsabilização do Estado.

Fora afirmado, em capítulo anterior, que só poderia haver responsabilização se houvesse a violação de um dever jurídico originário. A primeira vista, poder-se-ia dizer que o simples risco causado pela atividade estatal não ensejaria a violação. Contudo, Cavalieri Filho (2006, p. 253) arremata com esplendor, espancando qualquer dúvida acerca de tal premissa:

E nesta altura cabe a seguinte indagação, se não há responsabilidade sem violação de dever jurídico e o risco, por si só, não configura nenhuma violação, qual seria o dever jurídico da Administração cujo descumprimento ensejaria o dever de indenizar? É a incolumidade de todos os administrados. O Estado tem o dever de exercer a sua atividade administrativa, mesmo quando perigosa ou arriscada, com absoluta segurança, de modo a não causar dano a ninguém. Está vinculado, portanto, a um dever de incolumidade, cuja violação enseja o dever de indenizar independentemente de culpa.

Relativamente à teoria do risco integral, o temperamento que a distingue da teoria do risco administrativo é que naquela sequer é permitido ao Estado a possibilidade de se provar a existência de causas excludentes da responsabilidade (caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima e culpa de terceiro), ou seja, que rompam o nexo causal. Trata-se de uma modalidade extremada da doutrina do risco integral para justificar o dever de indenizar (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 253). Para tal teoria, o Estado é obrigado a indenizar o particular por qualquer dano causado em sua esfera jurídica, ainda que tal ato não tenha se originado de algum agente público.

2.2 Evolução da responsabilidade do Estado no Brasil

É oportuno esclarecer que o Brasil nunca absorveu, em seu ordenamento jurídico, a tese da irresponsabilidade do Estado. Não havia normas expressas a respeito, mas tanto a doutrina como a jurisprudência sempre repudiaram aquela orientação (SILVA FILHO, 1991, p. 73). Corroborando tal entendimento, trazemos a colação registro de Amaro Cavalcanti, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello (Amaro Cavalcante, 1904 *apud* MELLO, 2006, p. 908):

(...) no Brasil nunca se ensinou ou prevaleceu a irresponsabilidade do Estado pelos atos lesivos de seus representantes. Se não havia nem há uma disposição de lei geral, reconhecendo e firmando a doutrina da responsabilidade civil do Estado, nem por isso menos certo que essa responsabilidade se acha prevista e consignada em diversos artigos de leis e decretos particulares; e, a julgar pelo teor das suas decisões e dos numerosos julgados dos Tribunais de Justiça e das decisões do próprio Contencioso Administrativo, enquanto existiu, é de razão concluir que a teoria aceita no País tem sido sempre a do reconhecimento da aludida responsabilidade, ao menos em princípio; ainda que deixando juntamente largo espaço para freqüentes exceções, em vista dos fins e interesses superiores, que o Estado representa e tem por missão realizar em nome do bem comum.

2.2.1 A Constituição de 1824

A Constituição Imperial de 1824 não trazia insculpido dispositivos acerca da responsabilidade do Estado. Conforme leciona a professora Di Pietro, previa apenas a responsabilidade do funcionário em decorrência do abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções (DI PIETRO, 2000, p. 516a).

Assim, rezava o inciso XXIX, do Art. 179 da Constituição de 1824:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

Omissis

XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

Apesar de não estar disposto a responsabilização do Estado, mas apenas a responsabilidade dos agentes públicos, verifica-se, como já anotado anteriormente, que tal dispositivo não ensejou a exclusão da responsabilização do Estado, posto que se entendia haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes (MELLO, 2004, p. 910).

2.2.2 A Constituição de 1891

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891) não trouxe inovações de índole constitucional quanto a matéria ora em comento, apenas repetindo o disposto na Constituição Imperial de 1824, em seu art. 82, *in verbis*:

Art. 82. Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

Apesar de no plano Constitucional não ter havido modificações acerca da disposição da responsabilidade do Estado, assinala-se que o legislador ordinário tratou da responsabilidade direta do Estado. Nesse sentido, assevera Ruy Rosado de Aguiar Júnior (1993, p. 7):

O legislador infraconstitucional, porém, continuou tratando da responsabilidade direta do Estado. A lei n. 221, de 20.11.1894, regulamentou os procedimentos: “Art. 13 – Os Juízes e Tribunais Federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisões das autoridades administrativas da União”.

Ainda sob a égide da Constituição de 1891, a maior novidade foi a promulgação do Código Civil de 1916. Da exegese do art. 15 do referido diploma legal, verificou-se que o legislador ordinário adotou a teoria da responsabilidade subjetiva. Assim, traz-se a colação o supradito dispositivo do revogado diploma civil:

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

Verifica-se, por conseguinte, uma evolução no pensamento jurídico, aumentando-se o espectro de responsabilização do Estado, aplicando-as no caso de culpa civil e culpa pelo serviço público.

Entretanto, alguns doutrinadores, ante a má redação do aludido dispositivo, defenderam que o diploma subjetivo aceitou a responsabilidade objetiva do Estado. Assim assevera Mello (2004, p. 910 e 911):

Inobstante o teor do dispositivo indicava claramente o caráter subjetivo da responsabilidade pública, vale dizer, seja por culpa civil, seja por falta de serviço, já então sob seu império e mesmo antes, a tese da responsabilidade objetiva contava com adeptos entre doutores de máxima suposição, como Ruy Barbosa, Pedro Lessa e Amaro Cavalcanti, estes últimos magistrados dos mais ilustres. Filadelfo Azevedo, eminente Ministro do STF e partidário da tese, fez amplo recenseamento sobre o tema em erudito voto proferido na Ap. cível 7.264, aos 12.4.43 (RDA 1/565), quando aquela egrégia corte confirmou a condenação da União a indenizar danos causados por movimento militar sedicioso, embora o fizesse com fundamento na teoria da falta do serviço ou culpa administrativa.

Em uma tentativa de reduzir a responsabilidade do Estado, expediu-se o Decreto n.º 24.216¹, de 9.5.1934, que tinha por escopo excluir a responsabilidade direta do Estado quando o ato praticado pelo agente fosse tipificado como delito, remanescendo apenas a responsabilidade pessoal do agente público, excetuando-se a hipótese de a Administração Pública, ainda constatado o fato, o mantivesse no cargo.

2.2.3 A Constituição de 1934

Não houve mudanças com a promulgação da Carta Magna de 1934. Entretanto, a existência do Art. 171 acabou por revogar o supracitado Decreto n.º 24.216. Assim dispunha o Art. 171 da Constituição de 1934:

Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

2.2.4 A Constituição de 1937

Gerada no seio do regime totalitário do presidente Getúlio Vargas, verifica-se impossível, ante o modelo político adotado pelo país, avanços na responsabilidade do Estado, quando este se imiscuia e se sobrepunha sobre os particulares. Assim, a Constituição de 1937 apenas repetiu o preceito constitucional existente na revogada Constituição de 1934:

Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

2.2.5 A Constituição de 1946

Certamente, a Carta Magna promulgada em 1946 trouxe importantes novidades acerca da responsabilidade do Estado. O Art. 194 daquela Constituição trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade objetiva do Estado. Destarte, ante a importância da inovação, traz-se a lume o dispositivo mencionado:

¹ Provê sobre a responsabilidade civil da Fazenda Pública

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

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

Depreende-se do colacionado que o constituinte abandonou a idéia de culpa civil do funcionário ou de responsabilidade por culpa do serviço público. A culpa só seria aferida na possível ação que o Estado disporia em face do agente público causador do dano, pois a culpabilidade era pressuposto essencial para ação de ressarcimento.

2.2.6 A Constituição de 1967

A Constituição de 1967, bem como a Emenda Constitucional n.º 1/69 não trouxeram novidades com relação a responsabilidade do Estado, mantendo a responsabilidade objetiva do mesmo, conforme se verifica nos citados dispositivos abaixo:

Art 105. As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

Art. 107. As pessoas jurídicas de Direito Público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único: Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo. (Emenda Constitucional n.º 1/69 *apud* AGUIAR; 2006; p. 10)

2.2.7 A Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 insculpiu, em seu Art. 37, § 6.º, dispositivo que trata da responsabilidade do Estado, a seguir colacionado:

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

Omissis

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.

Assim, face a Constituição Federal de 1988, as pessoas jurídicas de direito público, ou seja, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as autarquias e as fundações de direito público podem ser responsabilizados de forma objetiva pelos atos de seus agentes causarem danos.

Contudo, há uma inovação no supradito dispositivo constitucional: acrescentou-se, como responsável objetivamente por danos causados aos particulares, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Nesse sentido, leciona Carvalho Filho (2004, p. 453):

A segunda categoria constituiu inovação no mandamento constitucional – a pessoa de direito privado prestadoras de serviços públicos. A intenção do Constituinte foi a de igualar, para fins de sujeição a teoria da responsabilidade objetiva, as pessoas de direito público e aquelas que, embora com personalidade jurídica de direito privado executassem funções que, em princípio, caberiam ao Estado. Com efeito, se tais serviços são delegados a terceiros pelo próprio Poder Público, não seria justo nem correto que a só delegação tivesse o efeito de alijar a responsabilidade objetiva estatal e dificultar a reparação de prejuízos pelo administrado.

Conforme também explicitado no dispositivo constitucional, para que haja a responsabilização do Estado é necessário que o agente do Estado esteja praticando os atos no exercício de sua função. Caso contrário, a responsabilidade será pessoal do agente e regida pelo diploma civil.

Acertada foi a opção de se utilizar o termo agente, ao invés de outras palavras como servidor público ou funcionário público. A utilização do termo agente pela Constituição Federal ampliou o rol das pessoas cujos atos podem ser imputados ao Estados. Assim, leciona Carvalho Filho (2004, p. 453):

O termo agente tem sentido amplo, não se confundido com o termo servidor. Este é de sentido mais restrito e envolve uma relação de trabalho entre o indivíduo e o Estado. O servidor é um agente do Estado, mas há outros agentes que não se caracterizam tipicamente como servidores, como veremos no Capítulo seguinte.

...*omissis*...

Diante disso, são agentes do Estado os membros dos Poderes da República, os servidores administrativos, os agentes sem vínculo típico de trabalho, os agentes colaboradores sem remuneração, enfim todos aqueles que, de alguma forma, estejam juridicamente vinculados ao Estado. Se, em sua atuação, causam danos a terceiros, provocam a responsabilidade civil do Estado.

José Afonso da Silva também compartilha da mesma opinião, a saber (*apud* SILVA FILHO, 1991, p. 74):

José Afonso da Silva observou, a respeito do art. 37, §6.º, da CF, que foi mais técnica desta vez, primeiro, por incluir no campo da responsabilidade objetiva todas as pessoas que operam serviços públicos, segundo, por ter abandonado o termo funcionário, que não exprimia adequadamente o sentido da norma, substituído agora pelo termo preciso agente.

Mantendo a orientação das Cartas Magnas anteriores, a Constituição Federal de 1988 também manteve o direito da ação regressiva em face do agente público causador do dano, devendo ser provado, nessa ação, a culpabilidade do agente.

Ante a ordem constitucional delineada pela Constituição Federal de 1988, privilegiando o estado democrático e de direito, os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade, tece-se alguns comentários acerca das formas de responsabilização do Estado.

Indubitavelmente, quando os próprios atos praticados pelos agentes do Estado forem causadores de danos aos administrados, estamos em uma situação em que se aplica a teoria da responsabilidade objetiva. Nestes casos, basta ao particular provar o nexo causal e a existência de dano para ser indenizado pelo Estado. O fundamento de tal responsabilidade, conforme dito anteriormente, está na teoria do risco administrativo, no princípio da igualdade e na

repartição dos encargos e ônus públicos. Ainda que lícito o ato, o estado tem o dever de indenizar o administrado. Assim leciona Mello (2004, p. 894):

Com efeito o Estado pode, eventualmente, vir a lesar o bem juridicamente protegido para satisfazer um interesse público, mediante conduta comissiva legítima e que sequer é perigosa. É evidente que em tal caso não haveria cogitar culpa, dolo, culpa do serviço ou qualquer traço relacionado com a figura da responsabilidade subjetiva (que pressupõe ilicitude). Contudo, a toda evidência o princípio da isonomia estaria a exigir reparação em prol de quem foi lesado a fim de que se satisfizesse o interesse da coletividade. Quem auferir os cômodos deve suportar os correlatos ônus. Se a sociedade, encarnada juridicamente no Estado, colhe os proveitos, há de arcar com os gravames econômicos que infligiu a alguns para o benefício de todos.

Tratando-se de danos decorrentes não de uma ação do Estado, mas de uma omissão de seus serviços (deficiência ou funcionamento tardio do mesmo), excetuando-se a possibilidade de danos causados pelo mau funcionamento do serviço público, posto que se trataria de uma conduta comissiva do Estado, teremos a responsabilidade subjetiva.

Entretanto, quanto à responsabilização por condutas omissivas do Estado, é de bom alvitre fazer a seguinte observação: o Estado não pode ser responsabilizado por todas as condutas omissivas que ocorram. É necessário distinguir as condutas omissivas genéricas e as condutas omissivas específicas. Somente as segundas são capazes de gerar a responsabilidade (subjetiva) do Estado. Nesse sentido, explana Cavalieri Filho (2006, p. 261):

Mas, afinal de contas, qual a distinção entre omissão genérica e específica? Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, crie situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva.

Assim, conforme asseverado pelo autor, caso haja omissão genérica por parte do Estado, a responsabilidade será subjetiva. Caso ocorra omissão específica, teríamos responsabilidade objetiva.

Por fim, teríamos situações em que os danos causados aos administrados não provêm diretamente de uma atuação estatal. Entretanto, o Estado através de uma conduta lícita acaba por colocar o particular em uma situação de risco que acabou por gerar um dano.

Nessas situações, teríamos uma hipótese de se aplica a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, posto que a Administração Pública colocou o particular em risco, assumindo o risco de uma conduta sua. Nesse sentido, leciona Mello (2004, p. 900 - 901):

Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Vale dizer: são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso, ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva.

Omissis

O risco a que terceiros são expostos pelo Estado não pode deixar de ser assumido por quem os criou. Depósitos explosivos, centrais nucleares, recintos de guarda de animais, são fontes potenciais de possíveis danos a terceiros, pelo perigo das coisas ali conservadas. Manicômios, presídios, igualmente, por manterem pessoas suscetíveis de atos agressivos ou destruidores, representam para terceiros um risco de produção de danos.

Feitas essas considerações acerca do histórico da responsabilidade do Estado, tanto em nível de doutrina estrangeira, como nas ordens constitucionais vigentes no país, de suma importância para o entendimento da responsabilidade do Estado e, especialmente, as sintéticas considerações acerca da responsabilidade do Estado na Constituição Federal de 1988, tratar-se-á da responsabilidade do Estado por atos judiciais.

3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JUDICIAIS

Hodiernamente, é pacífico na doutrina e na jurisprudência nacional e estrangeira que o Estado deve ser responsável pelos danos que causam aos administrados, tendo se construído diversas teorias a fim de se responsabilizar, com justiça e razoabilidade, os atos que os agentes do Estado realizam na consecução do interesse público.

Dessa monta, praticamente todos os sistemas jurídicos do mundo moderno trazem, constitucionais ou infraconstitucionalmente, delineamentos acerca dos casos e da forma como o Estado irá ser responsabilizado pelos prejuízos que causar aos particulares.

Conforme fora visto, na Constituição Federal de 1988, a responsabilidade dos agentes do Estado está consubstanciada no § 6.º do Art. 37. A Carta Magna utilizou um conceito abrangente para caracterizar as pessoas que realizam atividades no interesse do Estado, a fim de se aumentar as possibilidades de responsabilização do Estado.

Não obstante, apesar da evolução do pensamento jurídico, e a existência do supradito dispositivo constitucional, bem como o fato de o país ser regido por um estado democrático de direito, os tribunais pátrios, especialmente os órgãos de superposição, ainda defendem a conservadora tese da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais.

Assim sendo, apesar de todos os argumentos explicitados acerca da responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes, a jurisprudência pátria tende a adotar um posicionamento muito tímido acerca do tema, admitindo a responsabilidade do Estado no exercício da função judicial em pouquíssimos casos.

Entretanto, cristalino é que tal posicionamento não pode ser admitido na ordem jurídica em que o Brasil está submetido. Malfere o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade e, especialmente, o da isonomia, a tese da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais.

3.1 Atos judiciais e atos judiciários:

É encontrada na doutrina a distinção, no exercício da função do jurisdicional, a classificação dos atos praticados pelos agentes do Estado em atos judiciais e judiciários.

Acerca do tema, leciona José dos Santos Carvalho Filho (2004, p. 465-466):

As expressões ato judiciais e atos judiciários suscitam algumas dúvidas quanto a seu sentido. Como regra, tem-se empregado a primeira expressão como indicando atos jurisdicionais do juiz (aqueles relativos ao exercício específico da função do juiz). Atos judiciários é expressão que tem sido normalmente reservada aos atos administrativos de apoio praticados no Judiciário. Para o tema da responsabilidade civil do Estado, é preciso distinguir a natureza dos atos oriundos do Poder Judiciário.

Ainda relativamente a distinção dos atos praticados pelo Poder Judiciário, é de suma importância trazer o ensinamento de Cretella Júnior (1970, p. 13-14), acerca dos atos judiciais:

Ao Poder Judiciário está afeta, por excelência, a edição dos atos denominados jurisdicionais. Trata-se dos atos formais ou orgânicos, manifestações típicas e inconfundíveis daquele poder, atos que, afinal, se concretizam na sentença judiciária, momento culminante da atividade jurisdicional do Estado.

O ato jurisdicional não esgota, entretanto, a toda atividade do poder judiciário, embora seja, repetimos, a manifestação inerente àquele poder. É que, ao lado da função jurisdicional, tendente à aplicação da lei ao caso concreto, sempre que ocorre contestação, existe outra função, de natureza administrativa, voluntária, graciosa ou não contenciosa, desenvolvida de maneira intensa no âmbito do Poder Judiciário.

Desse modo, os atos do Poder Judiciário ou são atos jurisdicionais, decorrente da respectiva função jurisdicional, ou são atos administrativos, oriundos da função judicial, *latu sensu*, que é gênero da qual as duas outras funções, a contenciosa e a voluntária são espécies.

Assim sendo, no tocante aos atos judiciais, por se tratarem de atos administrativos, não há dúvidas acerca da responsabilização do Estado por eventuais prejuízos que forem causados aos administrados ou aos jurisdicionados. Nas situações em que os atos judiciais causarem um dano ao administrado, sua responsabilização dar-se-á nos moldes do Art. 37, § 6.º da Constituição Federal, ou seja, responsabilidade objetiva. Dessa monta, caso um serventuário da justiça não juntasse uma petição protocolada pelo advogado de uma das partes, o Estado será responsabilizado pelo eventual prejuízo que a parte teve. Nesse sentido, arremata Carvalho Filho (2004, p. 466):

No que concerne aos atos administrativos (ou atos judiciais), incide normalmente sobre eles a responsabilidade objetiva do Estado, desde que, lógico, presentes os pressupostos de sua configuração. Enquadram-se aqui os atos de todos os órgãos de apoio administrativo e judicial do Poder Judiciário, bem como os praticados por motoristas, agentes de limpeza e conservação, escrivães, oficiais de cartórios, tabeliães e, enfim, de todos aqueles que se caracterizam como agentes do Estado.

Destarte, são os atos judiciais típicos, como as sentenças e decisões interlocutórias, que causam tormento, especialmente na jurisprudência pátria, no tocante a responsabilização do Estado.

3.2 A responsabilidade do Estado por atos judiciais: histórico

Apesar de o advento da responsabilização do Estado por atos judiciais ser relativamente recente, existem relatos de responsabilização pessoal do juiz, ainda que de forma incipiente, há mais de quatro mil anos, conforme assiná-la Cotrim Neto (1993, p. 86):

Há perto de 4000 anos e no primeiro sistema judiciário em que a Administração da Justiça foi organizada na forma da lei e à margem da Justiça Sacerdotal, a corrupção do juiz fora prevista e punida, conquanto que apenas em termos de sanção monetária e disciplinar: “Se um juiz julgou uma causa, proferiu uma sentença e mandou exarar documento selado e depois alterou seu julgamento, comprovarão contra esse juiz a alteração do julgamento feito, e ele pagará até doze vezes a quantia que estava no processo; além disso, fá-lo-ão levantar-se de sua curul de juiz na Assembléia dos Juizes e não tornará a sentar-se com os juizes de

um processo”. – Assim é como foi estabelecido no art. 5.º, seção I, do Código de Hamurabi, consoante o articulado que lhe atribuiu SCHELL e a tradução do sumeriólogo brasileiro E. BOUZON, em publicação da Editora Vozes, de Petrópolis.

Em Roma, a Lei das XII Tábuas trazia preceito acerca da responsabilidade do juiz, punindo-o com a pena de morte caso um magistrado recebesse alguma quantia para julgar um processo em favor de alguém. Assim apregoa Alfredo Buzaid (1978, p. 17):

A idéia de reprimir a fraude ou o dolo do juiz é antiga. No direito romano, os primeiros monumentos já registram sanções. A Lei das XII Tábuas comina pena de morte ao juiz ou árbitro que recebe dinheiro para julgar em favor de uma das partes e em prejuízo da outra.

Esclarece-se, contudo, que com a evolução da ciência jurídica, passou-se em momentos posteriores, a atenuar-se a sanção imposta ao juiz, passando-se a condena-lo a composição dos danos que causou, conforme Cotrim Neto (1993, p. 87):

[...] Contudo, essa trágica sanção seria atenuada no correr dos séculos, como observou PAUL FRÉDÉRIC GIRARD, em face de GAIO e JUSTINANO: o procedimento do juiz responsabilizado por má sentença, por negligência ou má-fé ou que por qualquer modo tivesse faltado ao seu dever, seria objeto de Ação Pretoriana *in bonum et aequum concepta*, e condenado à composição do prejuízo causado, na sua exata medida.

Os juizes passaram a ser punidos com maior rigor com as normas estatutárias a partir do ano 1000 (BUZAI, 1978, p. 19), especialmente na península italiana. Ilustrando tal situação, traz-se a colação as palavras de Buzaid (1978, p. 20):

Para o Estatuto de Parma (1494, 64), o juiz que conscientemente dá sentença iníqua e injusta paga como pena o quádruplo do valor da causa, sendo metade para o lesado e metade à comuna. Outras transcrições poderiam ser feitas, mas estas são suficientes para denotar o espírito do legislador, que estava armado de firme propósito de condenar o juiz que sentenciava por dolo ou fraude.

No direito português antigo, especialmente nas Ordenações Afonsinas, encontravam-se disposições acerca da responsabilização do juiz, conforme assevera Buzaid (1978, p. 20):

Em lei de 21.8.1371, incorporada nas Ordenações Afonsinas, se estabeleceu que “é defeso ao juiz filhar ou receber para si ou para outrem serviços e prestações em

dinheiro, prata, ouro, panos, bestas, pão, vinho, carne e pescado ou qualquer outra coisa daquele ou daqueles, cujos feitos hão de ouvir, ou com eles hão de fazer ou livrar em seu ofício, ou em cujo feito hão de aconselhar, nem de nenhum outro por eles enquanto durar a demanda”; por descumprimento desta prescrição legal determinou a Ordenação que “o juiz que alguma coisa filhar ou receber, perca o ofício e a honra em que estiver e os seus corpos e haveres sejam obrigados a mim El-Rei e à Sua justiça”.

As Ordenações Filipinas também traziam disposições rigorosas, conforme explica Ruy Rosado de Aguiar Júnior (1993, p. 14):

As Ordenações Filipinas adotaram o princípio da responsabilidade pessoal do Juiz, do que se recolhem diversas passagens: Livro I, Título LXXXVIII, § 16 – “...e o juiz que isto não cumprir, pagará ao órfão toda a perda e dano que isso se lhe causar”; Livro III, Título LXII, § 5.º - “e o julgador, que tais atos processou, será obrigado às custas no caso, que processou sem citação, ou co citação nula; Livro IV, Título XII, § 7.º - “E faça dito Juiz de tal maneira, que por sua culpa ou negligência os bens dos órfãos não recebam dano, porque todo o dano e perda que receberem pagará por seus bens”.

O Código de Processo Civil de 1939 regulou a responsabilização dos danos causados por atos judiciais, atribuindo ao juiz responsabilidade pessoal nos seguintes casos (BUZÁID, 1978, p.21):

Só com o advento do Código de Processo Civil de 1939 é que o direito brasileiro passou a regular a responsabilidade civil do juiz. O art. 121 dispunha: “O juiz será civilmente responsável quando:
I – no exercício das suas funções, incorrer em dolo ou fraude;
II – sem justo motivo, recusar, omitir ou retardar providências que deva ordenar *ex officio* ou a requerimento da parte.
As hipóteses do n. II somente se considerarão verificadas decorridos 10 (dez) dias da notificação ao juiz, feita pela parte por intermédio do escrivão da causa”.

Por fim, o Código de Processo Civil de 1973, em seu Art. 133, repetindo orientação adotada no antigo diploma processual, dispôs da seguinte forma:

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 n. II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.

Pelo exposto nesta breve síntese histórica da responsabilidade do juiz, verifica-se que, ao longo dos séculos, quando se pensou em dar ao administrado uma possibilidade de se ressarcir de danos causados pela atividade judicial, sempre se procurou atribuir tal responsabilidade apenas a pessoa do juiz, irresponsabilizando o Estado, restringindo-se as hipóteses em que os particulares pudessem ser indenizados, bem como reduzindo a eficácia de tal responsabilização.

Em parte, a irresponsabilidade do Estado pelos atos judiciais, ao longo da história, explica-se pelo fato de, inicialmente, o Estado sequer ser responsável pelos danos causados pelos atos de seus agentes, atribuindo-se, no máximo, responsabilidade a seus agentes, em estritos casos.

Entretanto, com os novos anseios sociais que despertaram a partir do século XVIII, e, por conseguinte, com a evolução do pensamento jurídico a fim de satisfazer tais pretensões, culminando na responsabilização do Estado, em um primeiro momento de forma subjetiva e, posteriormente, de forma objetiva, a tese da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais e apenas a responsabilização pessoal do juiz em um número mínimo de casos não encontra mais suporte.

Ademais, ao se afirmar que o País encontra-se regido por um Estado democrático e de direito, onde o princípio da igualdade tem extrema importância, a irresponsabilidade do Estado por atos judiciais não encontra guarida no regime constitucional delineado pela Constituição Federal de 1988.

Assim, ante os novos anseios da sociedade moderna, bem como da necessidade de se tratar os administrados com maior justiça e igualdade perante a Administração pública, verificou-se, especialmente na segunda metade do século XX, reformas em diversos ordenamentos jurídicos alienígenas (como na Itália e na França), com o escopo de atribuir responsabilidade ao Estado por atos judiciais, na esteira da tradicional responsabilidade objetiva do Estado.

Assim, sem sombra de dúvidas, as experiências adotadas nos ordenamentos jurídicos alienígenas são de suma importância para a construção de uma teoria de responsabilização do Estado por atos judiciais. Ademais, considerando a experiência acumulada por tais sistemas jurídicos, por admitirem a responsabilização do Estado por atos judiciais há mais de 40 anos, pode-se aprender muito com os erros e acertos cometidos, no intuito de se produzir uma teoria mais justa e exequível.

Entretanto, antes de se adentrar na forma como o Estado deve ser responsabilizado pelos atos judiciais, é de cristalina importância abordar os motivos pelos quais parte da doutrina e, especialmente, a jurisprudência mais conservadora dos tribunais pátrios, não admitirem a responsabilidade do Estado por atos judiciais, rebatendo-se, argumento a argumento, tais alegações.

3.3 Responsabilidade do Estado por atos judiciais: irresponsabilidade x responsabilidade

Inicialmente, é necessário trazer à baila os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que defendem a irresponsabilidade do Estado e, no máximo, a responsabilidade pessoal do juiz em estritos casos.

Destacam-se, *prima facie*, as palavras de Carvalho Filho acerca do tema (2004, p. 466):

Não obstante, é relevante desde já consignar que, tanto quanto os atos legislativos, os atos jurisdicionais típicos são, em princípio, insuscetíveis de redundar na responsabilidade civil do Estado. São eles protegidos por dois princípios básicos. O primeiro é o da soberania do Estado: sendo atos que traduzem uma das funções estruturais do Estado, refletem o exercício da própria soberania. O segundo é o princípio da recorribilidade dos atos jurisdicionais: se um ato do juiz prejudica a parte no processo, tem ela os mecanismos recursais e até mesmo outras ações para postular a sua revisão. Assegura-se ao interessado, nessa hipótese, o sistema do duplo grau de jurisdição.

Ademais, traz-se ainda à colação o posicionamento de Carlos Maximiliano, comentando o art. 194 da Constituição de 1946 (*apud* CAVALIERI FILHO, 2006, p. 278):

Carlos Maximiliano, ao comentar o art. 194 da Constituição de 1946, que já declarava as pessoas jurídicas de Direito Público civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causassem a terceiros, diz: “Tanto a União, como o Estado e o Município, respondem pelos atos dos seus funcionários. Verifica-se entretanto, uma originalidade, estabelecida por motivos de ordem política e social: os membros do Congresso não são responsáveis, civil nem criminalmente, pelos seus votos, mas o Tesouro indeniza o prejuízo que eles causam; ao contrário, os juizes podem ser processados e punidos, *livre, entretanto, o erário da ressarcir o dano resultante das sentenças*. A irresponsabilidade do Estado pelos atos e omissões dos juizes advém da independência da Magistratura, prerrogativa, esta, que tem como consequência lógica o tornar exclusivamente pessoal a responsabilidade (Comentários a Constituição de 1946, v. 3.º/259-260). [original com destaques]

Importante também as palavras de Hely Lopes Meirelles (1978, p.610 *apud* CAHALI, 1996, p. 616):

Na mesma orientação, Hely Lopes Meirelles pretende que “o ato jurisdicional típico, que é a sentença, não enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, salvo na hipótese única do art. 630 do Código de Processo Penal; nos demais casos, as decisões judiciais, como atos de soberania interna do Estado, não propiciam qualquer ressarcimento por eventuais danos que acarretem às partes ou a terceiros; esta doutrina é tradicional do Direito pátrio (Amaro Cavalcanti, Pedro Lessa, Ruy Cirne Lima, Aguiar Dias) e está remansada na jurisprudência dos tribunais (STF, RDA 59/335, 105/217, 114/298; RF 194/159; TJSP, RDA 53/138, RT 259/217), em atenção à coisa julgada e à liberdade decisória dos magistrados, que não poderiam ficar à mercê de responsabilizações patrimoniais pela falibilidade humana de seus julgamentos”.

A jurisprudência pátria, citada por Cavalieri Filho (2006, p. 279), posiciona-se da seguinte maneira:

A nossa Suprema Corte tem entendido que o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um dos privilégios da soberania. Assim, pela demora da decisão de uma causa responde civilmente o juiz, quando incorrer em dolo ou fraude, ou ainda, sem justo motivo, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte (RE 70.121-MG, RTJ 64/689)

A irreparabilidade dos danos provenientes de atos do Poder Judiciário resultaria no fato de se “tratar de um Poder soberano, que goza de imunidades que não se quadram no regime da responsabilidade por efeitos de seus atos quando no exercício de suas funções”. Nesse sentido acórdãos públicos nas RTJ 39/190, 56/273, 56/782, 94/423 etc.

Para os adeptos da teoria da irresponsabilidade do Estado, e, conseqüentemente, da responsabilidade pessoal do juiz nos casos elencados pela lei, a reparação do dano causado ao administrado dá-se da seguinte forma:

Tratando-se de condutas dolosas que traduziriam, por conseguinte, em violações a deveres funcionais dos magistrados, a responsabilização do juiz dar-se-ia nos moldes do Art. 133 do Código de Processo Civil, ou seja, com a responsabilização pessoal do juiz, conforme assevera Cahali (1996, p. 625 *apud* CAVALIERI FILHO, 2006, p. 285):

Ressalta-se, por derradeiro, que o juiz só pode ser pessoalmente responsabilizado se houver dolo ou fraude de sua parte e, ainda, quando, sem justo motivo, recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte (Código de Processo Civil, art. 113, I e II, e Lei Complementar n. 35/1979, art. 49). “A independência funcional, inerente à Magistratura, tornar-se-ia letra morta se o juiz, pelo fato de ter proferido decisão neste ou naquele sentido, pudesse ser acionado para compor perdas e danos” em favor da parte que sucumbiu, “pelo fato de ter sido a decisão reformada pela instância superior; nenhum juiz ousaria

divergir da interpretação dada anteriormente pela instância superior; seria a morte do Direito, uma vez que cessaria o pendor para a pesquisa, estiolar-se-ia a formulação de novos princípios (Yussef Said Cahali, ob. cit. P. 625).

Alguns autores (CARVALHO FILHO, 2006, p.467), tentando harmonizar tal entendimento com o preceito insculpido no Art. 37, § 6.º com a Constituição Federal de 1988, dizem que seria possível, no caso de dolo, propor ação diretamente contra o juiz ou contra o Estado, garantido o direito de regresso, devendo-se, em ambos os casos, demonstrar a existência do dolo².

Em se tratando de condutas culposas, haveria de se fazer uma distinção entre os danos causados por uma sentença de natureza penal e uma decorrente de um feito civil.

No primeiro caso, por expressa disposição do texto constitucional existente no Art. 5.º, LXXV que reza que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença, o indivíduo poderia mover uma ação indenizatória diretamente contra o Estado, a medida que a própria Carta Magna autoriza tal procedimento.

Contudo, tratando-se de atos decorrentes de feitos civis, caso a conduta culposa do juiz acarrete danos ao administrado, não se poderia falar em responsabilidade do Estado ou do Juiz. Primeiro, porque o prejudicado possui remédios processuais (recursos) para reverter a decisão que lhe causou prejuízo. Segundo, porque tolheria a independência do magistrado.

² Note-se, entretanto, a fragilidade da compatibilização, posto que o supradito dispositivo constitucional trata da responsabilidade objetiva dos agentes públicos, enquanto que, no caso dos atos judiciais, seria necessário provar o dolo do magistrado

Impende-se salientar, contudo, que considerando que a Constituição Federal adotou em seu Art. 37, § 6.º a responsabilidade objetiva do Estado, garantindo-se o direito de regresso em face do agente público que causou culposamente o dano, as disposições infraconstitucionais acerca da responsabilidade pessoal do juiz não têm como se compatibilizar com o texto da Carta Magna. A responsabilização do juiz deve se dar nos termos do supradito dispositivo constitucional, não se admitindo uma responsabilidade exclusivamente pessoal do juiz, dependente da comprovação da culpa. Dar-se ao administrado a opções de se escolher entre acionar o Estado, atribuindo responsabilidade objetiva, ou o juiz, de forma subjetiva, é razoável. Contudo, tirar a possibilidade de pedir indenização diretamente do Estado, havendo disposição constitucional garantindo tal direito, é fazer letra morta o dispositivo constitucional e retornamos, novamente, ao período *regaliano*.

3.3.1 Argumentos em favor da irresponsabilidade. Insuficiência.

Os defensores da irresponsabilidade do Estado por danos causados por atos judiciais aduzem diversos argumentos para sustentar tal teoria. Muitas das justificativas são, *prima facie*, convincentes. Entretanto, uma análise mais aprofundada e detalhada das mesmas leva a se verificar de que são frágeis e que não possuem sustentação ante o regime constitucional a que estamos submetidos.

3.3.1.1 Soberania do Poder Judiciário

Um dos primeiros argumentos em prol da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais é a soberania do Poder Judiciário. Cretella Júnior (1970, p. 29) aduz sinteticamente acerca do tema:

O argumento da soberania assim se resume: o Estado é irresponsável pelos danos originados dos atos do Judiciário, porque este exerce função que envolve a soberania, situação que o coloca acima da Lei. É a soberania do Poder Judiciário que o exime da obrigação de indenizar. E exime também o Estado.

Da exegese do transcrito, é de fácil percepção a fragilidade do argumento. Rogério Marinho Leite Chaves explana acerca da soberania (1996, p. 10):

Nos tempos atuais, o argumento não passa de uma peça de museu, como acentuou *Philippe Ardant*. Soberania é atributo do Estado em suas relações com outros países. Cada um dos poderes possui apenas autonomia, não soberania, sendo certo que a autonomia do Poder Judiciário não sofre nenhuma violação quando responsabilizado por seus atos, da mesma forma que também nunca houve infringência à autonomia do Poder Executivo quando obrigado pelos atos de seus servidores. O argumento, como acentuou *Duez*, não passa de um “verbalismo”.

Ainda sobre a soberania, Araújo Castro, citando Willoughby (1938, p. 37 *apud* CRETELLA JÚNIOR, 1970, p. 21) informa :

Citando WILLOUGHBY, o nosso Araújo Castro diz que “a soberania reside no Estado como um atributo inerente à sua personalidade, e não em qualquer dos órgãos do Governo, nem mesmo no conjunto desses órgãos, aos quais compete unicamente o exercício da soberania, dentro dos limites traçados na Constituição (A *Constituição de 1937*, Rio, 1938; p.37) porque a “idéia de soberania tem, como notas características, a unidade e a totalidade”[...]

Destarte, resta claro que a suposta soberania do Poder Judiciário não é um argumento válido para se defender a irresponsabilidade do Estado por atos judiciais. A soberania não é do Poder Judiciário, mas do Estado. O Poder Judiciário é uma das funções do Estado, este possuindo, sim, a denominada soberania, termo tão polêmico no direito público (COTRIM NETO, 1993, p. 99).

Ademais, ainda que se considerasse que o Poder Judiciário, por ser uma das funções do Estado, tivesse soberania, seria forçoso se reconhecer que o Poder Executivo, sendo também uma função do Estado, também tivesse a dita soberania. Considerando-se que os atos da administração pública podem ser responsabilizados de forma objetiva, levar-se-ia, por conseguinte, a conclusão de que os atos judiciais também o poderiam ser. Assim sendo, a tese

de que a soberania eximiria o Poder Judiciário de responsabilização por atos de natureza judicial não teria sustentação.

3.3.1.2 Incontrastabilidade da coisa julgada

Um segundo argumento, a primeira vista muito convincente, é o da incontrastabilidade da coisa julgada. Para os que defendem tal teoria, seria impossível responsabilizar o Estado por atos judiciais, porque suas decisões, após o trânsito em julgado, estavam sob a égide da coisa julgada. Assim, ao se permitir a responsabilização do Estado por atos judiciais, estaria se malferindo esse importante instituto. Ademais, caso isso ocorresse, seria o verdadeiro caos social e o fim da segurança jurídica. Nesse sentido, Bielsa (1957, p. 147 *apud* CRETELLA JÚNIOR, p. 1970, p.21):

Bielsa, partidário desta tese, mostra que as resoluções judiciais alcançam, quando muito, a pessoa do juiz, mas não responsabilizam o Estado, porque a sentença, erigida em coisa julgada, traz em si a presunção de verdade. Em razão desse princípio, o ato judicial não pode ser impugnado. Em suma, o Estado não é responsável pelo ato judicial.

Sobre a paz social leciona Teissier, citado por Duez (1927. p. 147 *apud* CRETELLA JÚNIOR, p. 1970, p. 21):

Teissier sustenta que “permitir a um indivíduo reclamar indenização a pretexto de que houve violação da lei é por em crise a coisa julgada, o que é socialmente impossível”; “admitir a responsabilidade, por motivo de erros judiciários, é afrontar o princípio fundamental de utilidade social incontestável, gerador de segurança: a autoridade da coisa julgada”.

Finalmente, afirma de forma categórica Pedro Lessa (1915, p. 164 *apud* CRETELLA JÚNIOR, p. 1970, p. 21-22):

Pedro Lessa é categórico: “Já mesmo princípio não vigora em relação aos atos do Poder Judiciário. A irresponsabilidade do Poder público, neste caso, é colorário fatal da autoridade da *res judicata*”[...]; “reclamar do Estado uma indenização por essa decisão inalterável fora iniciar um novo litígio sobre a questão já ultimada por uma sentença passada em julgado.

A primeira vista, o argumento da irretratabilidade da coisa julgada leva a crer que seria impossível a responsabilização do Estado. Entrementes, tal argumento queda de cientificidade pelos seguintes motivos:

Primeiramente, impende-se esclarecer que tal argumento só corroboraria com a tese da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais nos casos de erro judiciário decorrentes de sentenças e acórdãos (SERRANO JÚNIOR, 1997, p. 134).

Não obstante, verifica-se que a responsabilização do Estado por atos judiciais em nada interfere com o fenômeno da coisa julgada. A ação que tem por escopo a indenização pelo Estado de um prejuízo sofrido pelo particular não visa desconstituir a coisa julgada. Além disso, as partes na ação indenizatória não serão as mesmas da ação na qual ocorreu o erro judiciário por parte do Estado. Nesse sentido, leciona Augusto Amaral Dergint (1994, p. 227):

O argumento da coisa julgada, se fosse fundado, somente poderia respeitar aos atos jurisdicionais propriamente ditos (as sentenças), pois tal qualidade não adere aos efeitos dos demais atos judiciais. Ademais, se se considera a coisa julgada como obstáculo à responsabilidade do Estado por sentença danosa, de lembrar que ele pode ser transposto mediante ação rescisória ou revisão criminal. Em verdade, porém, a coisa julgada não se opõe à demanda indenizatória do jurisdicionado injustamente lesado pelo ato sentencial: esta não vincula as mesmas partes (mas uma destas e o Estado) e, ademais, não visa a desconstituição da sentença, mas sim estabelecer o irregular funcionamento do serviço judiciário e o nexos causal deste com o dano, para, então, condenar-se o Estado a indenizá-lo. Portanto, mesmo prescrita a ação rescisória, há de se admitir a possibilidade de responsabilização estatal.

Luiz Rodrigues Wambier (1988, p. 40), acerca da coisa julgada, tem o seguinte posicionamento:

Dessa forma parece justo concluir que a coisa julgada, instituto voltado à concepção da segurança jurídica que deve resultar dos provimentos jurisdicionais, como atos de pacificação social, não pode, de outra parte, limitar a responsabilidade do estado quanto a esses mesmos atos, na medida em que tenham representado um dano efetivo ao cidadão.
A coisa julgada fará produzir todos os seus efeitos no processo em que foi prolatada a sentença, agora imutável. Todavia, se danos advirem em decorrência do

provimento jurisdicional imperfeito, nada mais justo que se promova a responsabilização do Estado e o dever ressarcitório lhe seja imposto, como modo de restabelecer a harmonia rompida.

Ainda, se traz as palavras de Juari Silva, citado por Cretella Júnior (*apud* CRETELLA JÚNIOR, 1970, p. 23):

O princípio da *res judicata*, lembrado para irresponsabilizar o Estado por atos judiciários, é, na realidade, um preconceito, visto que não há nenhuma impossibilidade social em restringir ou mesmo afastar em certas hipóteses a imutabilidade da coisa julgada. O conceito de coisa julgada é relativo, não acompanhando de modo absoluto a função jurisdicional. (SILVA, Juari. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais, em RT, 351/29.

É por oportuno se afirmar, que o próprio ordenamento jurídico traz hipóteses de restrição á coisa julgada, na medida em que se admite a ação rescisória e a revisão criminal (DI PIETRO, 1994, p. 86b).

Destarte, pelos argumentos expostos, conclui-se que a irretratabilidade da coisa julgada não é óbice a responsabilização do Estado por atos judiciais, seja porque seu reduzido âmbito de aplicação na esfera da responsabilidade civil (erro judiciário), seja porque a ação indenizatória não entra em conflito com os efeitos do instituto da *res judicata*, seja porque a coisa julgada, no próprio ordenamento jurídico pátrio, possui exceções quanto a sua imutabilidade.

3.3.1.3 A falibilidade dos juízes

O argumento da falibilidade dos juízes é facilmente derrubado ante uma análise primária de seus fundamentos.

Para os defensores de que a falibilidade dos juízes seria um óbice a responsabilidade do Estado, apregoa-se que os juízes, como seres humanos, estão sujeitos a falhas como

qualquer outra pessoa. Conseqüentemente, o jurisdicionado, ao pedir a tutela jurisdicional do Estado, assumiria o risco de ter contra si uma decisão eivada de erro que o prejudicasse.

Ora, da exegese do que fora dito, resta evidente que tal argumento é fraco e insubsistente, além de ser completamente injusto e malferir o princípio da proporcionalidade. Ora, o risco da atividade jurisdicional do Estado deve ser assumido por todos os jurisdicionados, repartindo-se os ônus de seus possíveis malefícios. Sobre o tema, explana Odoné Serrano Júnior (1997, p. 134):

A falibilidade contingencial dos Juízes é um risco assumido pelos jurisdicionados. Mas por todos os jurisdicionados, de modo que o risco dos erros deve ser repartido igualmente entre todos, o que se concretiza através do pagamento da indenização pela sociedade, encarnada na pessoa do Estado, via erário – síntese patrimonial da coletividade. Lesar somente o prejudicado, condenando a suportar todo o prejuízo, fere o princípio da igualdade na distribuição das cargas públicas, já que os serviços judiciários são prestados em prol de toda a coletividade, para fins de pacificação social dos litígios, e para dar segurança e harmonia às relações sociais. Ou, nas palavras de Duez: “A justiça dos homens é falível e a não reparação se torna uma gritante iniquidade”. A falibilidade dos juízes, inerente a natureza humana deles, antes de negar, reafirma responsabilidade estatal pelos atos judiciais danosos.

Di Pietro (1994, p. 88-89b) arremata:

[...] as garantias de que se cerca a magistratura do direito brasileiro, previstas para assegurar a independência do Poder Judiciário, em benefício da Justiça, produziram a falsa idéia de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, não reconhecida aos demais agentes públicos e gerando o efeito oposto de liberar o Estado de responsabilidade pelos danos injustos causados àqueles que procuram o Poder Judiciário precisamente para que seja feita justiça. Com efeito, o fato de o juiz ser falível, como todos os seres humanos, não pode servir de escusa para o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, pelas mesmas razões que não serve de escusa a qualquer pessoa, na vida pública ou privada.

Assim, verifica-se que a falibilidade dos magistrados, ao invés de fundamentar a irresponsabilidade do Estado, tem o condão, de, em verdade, corroborar com a tese da necessidade de responsabilização do Estado por atos judiciais, como forma de se atingir a justiça.

3.3.1.4 Os magistrados não são funcionários públicos

Os adeptos da teoria da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais costumam argumentar que o juiz não seria um funcionário público, mas sim um agente político. E, por não ser um funcionário público, não haveria obrigação de o Estado indenizar por atos por ele praticados.

Entretanto, existem dois argumentos fortes que fazem cair por terra a supradita justificativa. Primeiro, tem-se que o magistrado não é agente político. O conceito de agente político está ligado a idéia de governo e ditar as diretrizes de uma nação. São a pedra fundamental da organização política de um país e, de certa forma, são eles que fazem a vontade nacional no aspecto político. Assim, leciona Mello (*apud* SILVA FILHO, 1991, p.77):

[...] Todavia, esta não é a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “agentes políticos são os titulares de cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes de cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do Poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado”. Explicita quem são os agentes os agentes políticos, não incluindo os juízes, e acrescenta que tais pessoas ligam-se ao Estado por um liame não profissional, e a relação que os vincula aos órgãos do Poder é de natureza política.

Di Pietro (*apud* SILVA FILHO, 1991, p. 77) arremata acerca dos agentes políticos:

E, com acerto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro acaba adotando a posição de Celso Antônio, porque “a idéia de agente político liga-se, indissociavelmente, à de governo e à de função política, a primeira dando a idéia de órgão (aspecto subjetivo) e a segunda, de atividade (aspecto objetivo)”. E coloca em evidência que, no Brasil, o Poder Judiciário, não tem influência na atuação política do governo, pois sua função restringe-se, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional.

Destarte, não é razoável não se responsabilizar o Estado sob a justificativa de que o Estado não responde pelos atos dos agentes políticos, pois, como fora visto, o juiz não é

agente político, mas um funcionário público, abrangido pela norma de responsabilização insculpida no Art. 37, § 6.º da Constituição Federal.

Não obstante, ainda que se considerasse o juiz como agente político, deve-se ter em mente que o dispositivo constitucional supracitado refere-se a “agentes públicos”. Conforme fora visto em capítulo anterior deste estudo monográfico, a expressão “agente público” é amplíssima, abarcando todas as pessoas que, de alguma forma, atuem para a consecução da vontade ou de algum objetivo do Estado. Dessa forma, certamente, o juiz seria um agente público, e o Estado poderia ser responsabilizado nos termos do Art. 37, §6.º da Constituição Federal. Nesse sentido, corrobora Serrano Júnior (1997, p. 133):

Ainda que se entendesse ser ele agente político, seria abrangido pela norma do Art. 37, § 6.º da CF, da Constituição Federal, que emprega precisamente o vocábulo agente para abranger todas as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestam serviços ao Estado.

Assim sendo, o argumento de que os juízes são, na verdade, agentes políticos, não subsiste ante os argumentos expostos, sendo teratológica ante os anseios democráticos da sociedade. Em verdade, a norma do Art. 37, §6.º da Constituição Federal, teve por escopo abranger todos aqueles que, em nome do Estado, causassem dano aos particulares, independente do cargo que ele ocupasse no Poder Público.

3.3.1.5 Independência dos magistrados

Para os que perfilham a tese da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais, a independência dos magistrados seria prejudicada e até mesmo extinta, se houvesse responsabilização por eventuais danos. Para eles, caso fosse possível a responsabilização do Estado e, conseqüentemente, a existente de uma ação regressiva em face do juiz que causou

dano ao jurisdicionado, os magistrados teriam sua liberdade tolhida e não poderiam exercer seu mister

A primeira vista, o argumento parece ser convincente, entretanto, uma análise mais depurada mostra que ele é insubsistente.

Inicialmente, deve ser ressaltado que tal argumento é restrito às ações em que se discutiria erro da atuação do Juiz, não se aplicando aos casos de culpa impessoal do serviço público (SERRANO JÚNIOR, 1997, p. 133). Assim, verifica-se a diminuta abrangência da justificativa.

Não obstante, existem três pontos cruciais que fazem cair por terra a possível perda da independência por parte do magistrado.

A primeira é que, considerando existir a responsabilidade pessoal do juiz, este já não estaria intimidado por tal responsabilização. Decerto, se a responsabilidade fosse do Estado, o temor seria menor, pois as verbas indenizatórias viriam dos cofres do Poder Público. Nesse sentido, assevera Chaves (1996, p. 11):

Acentue-se que a preconizada liberdade de consciência da magistratura nada sofreria com a instituição da responsabilidade estatal, uma vez que, já respondendo pessoalmente pelos danos causados (art. 133 do CPC), os Juizes não se veriam, naquela hipótese, acudados, pois a verba indenizatória viria dos cofres públicos.

Argumenta-se, ainda, que a independência do magistrado não pode se tornar um salvo-conduto para que o juiz comete os mais crassos e teratológicos erros. Nesse sentido, acentua Di Pietro (1994, p. 89b):

A esse argumento, responde-se que, não obstante seja indiscutível a necessidade de assegurar-se independência ao magistrado, a mesma não pode ir ao ponto de isentar

o Estado de responder pelos erros decorrentes de sua atuação, especialmente se eles forem graves. Alega-se, ainda, que, mesmo se aceite o argumento da independência da magistratura, ele somente serviria para isentar o juiz da responsabilidade pessoal, o que não impede a responsabilidade do Estado.

Por fim, arrematando sobre a precariedade da objeção à responsabilidade do Estado, traz-se a colação as palavras de Serrano Júnior (1997, p. 133):

Em segundo lugar, a independência da magistratura não é argumento viável para afirmar a irresponsabilidade do Estado, pois é precisamente porque a responsabilidade é do Estado e não do Juiz que a independência estaria assegurada. Não há conflito algum entre a responsabilidade estatal, uma vez que esta não atinge, de modo algum, a independência funcional do magistrado. Note-se que a ação de regresso é restrita aos casos de dolo ou culpa, hipóteses em que o Juiz já responde pessoalmente perante a Corregedoria e Conselho da Magistratura [...].

Ademais, não é aceitável que um julgador deixe-se ser levado pelo medo, apenas pela possibilidade de uma possível ação de regresso. Sem sombra de dúvidas, à medida que o poder aumenta, a responsabilidade pelo mesmo deve crescer na mesma medida.

3.3.1.6 Inexistência de responsabilidade sem texto legal expreso

Adeptos da irresponsabilidade do Estado costumam buscar supedâneo no argumento de que só haveria responsabilização do Estado nos casos expressamente elencados em lei, não se admitindo interpretação extensiva.

Entretanto, tal argumento não tem procedência. O Art. 37, §6.º da Constituição Federal erigiu a responsabilização do Estado como regra. Nesse sentido, leciona Chaves (1996, p. 11):

O argumento, no entanto, não prevalece. Em face do sistema constitucional brasileiro, a regra é a responsabilidade do Estado, como se deduz do art. 37, §6.º da Carta Magna. Como acentuou Ada Pellegrini Grinover, embora se referindo ao sistema constitucional de 1969, “a responsabilidade do Estado por atos imputáveis, assim como aquela oriunda do serviço judiciário...repousa...no mesmo dispositivo constitucional.

Serrano Júnior (1997, p. 134), assevera:

Tal interpretação colide com o princípio da efetividade, que se incrementa, como lembra Luís Roberto Barroso, ao “dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter a máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso”. Assim, não se justifica uma interpretação restritiva do texto constitucional, de modo a aplicá-lo somente nas hipóteses previstas expressamente na legislação constitucional, que, em seu atual momento, não abrange todo o leque de situações danosas decorrentes da má prestação dos serviços da Justiça.

Assim sendo, a irresponsabilizar o Estado, quando a Carta Magna erigiu a responsabilização como regra constitucional, é fazer letra morta o texto constitucional.

3.3.1.7 Aumento dos encargos públicos

Argumenta-se, também, que a responsabilização do Estado por atos judiciais iria aumentar consideravelmente as despesas do Poder Público com indenizações.

Ora, provavelmente, dos motivos utilizados para se defende a irresponsabilidade do Estado, este é o mais débil. Não se indenizar porque isto acarretaria em maiores despesas para o Estado carece de qualquer lógica e bom senso. Não possui a menor guarida em qualquer texto constitucional ou infraconstitucional, não havendo um único princípio que defenderia tal posicionamento.

Ademais, quem se utiliza dessa justificativa para obstar a responsabilização do Estado, confessa, ao mesmo tempo, que a atividade judicial comete muitos erros e precisa reparar os que foram lesados. Nesse sentido, assevera Serrano Junior (1997; p. 134-135):

Quem isto argúi implicitamente confessa que os serviços judiciários estão deixando muito a desejar em seu funcionamento. Doutro lado, não se pode vincular a admissão do princípio da responsabilidade, hoje constitucionalmente consagrado, à prévia apreciação do *quantum* indenizatório. A obtenção dos recursos é um problema dos administradores do Estado, não do injustamente lesado pelos serviços

judiciários. Também torna-se paradoxal responsabilizar o Estado por seus atos administrativos e demais serviços públicos, que também geram encargos ao erário, e não o fazer pelos danos do mau funcionamento dos serviços judiciários.

Outrossim, verifica-se que, aceita a justificativa de que o Estado não pode ser responsabilizado pelo simples fato de ter suas despesas acentuadas, apenas mostra o quanto é necessário se aprimorar os serviços públicos. Ademais, se isso fosse escusa para a responsabilização, da mesma forma o Estado não deveria ser responsável pelos atos dos agentes públicos vinculados ao Poder Executivo, fato que, cristalina e claramente, não ocorre.

3.3.1.8 Risco de fraudes

Aventa-se a possibilidade, em um processo judicial, de as partes, previamente de acordo, acabarem por induzir o juiz em erro, para, posteriormente, requerer indenização do Estado pela suposta conduta culposa do magistrado, fraudando, por conseguinte, o erário e dificultando a administração da justiça.

Entretanto, não obstante esta ser uma preocupação razoável, é de se salientar que existem meios idôneos de se verificar se houve fraude ou não no caso em concreto. E, verificada a fraude, o ordenamento jurídico possui sanções cíveis e penais para quem cometer tais atos, inibindo, por conseguinte, aquele que teria em mente a prática de um ato fraudulento com o intuito de lesar o erário.

Não obstante, impende-se asseverar, também, que não seria justo que, pelo fato de alguns poucos poderem cometer uma fraude com o intuito de receber de forma ilícita haveres do Poder Público, que toda a coletividade fique desassistida de ter a possibilidade, de forma

idônea e justa, indenização por danos causados pela atividade judicial do Estado. Certamente, seria uma injustiça e um malferimento ao princípio da proporcionalidade.

Corroborando com o explanado, traz-se a explicação de Serrano Júnior (1997, p. 135):

Contudo, o próprio processo judicial serve para a verificação da existência de fraude, e esta, uma vez provada, implicará na responsabilização civil e criminal dos golpistas. Doutra parte, o temor de que alguns indivíduos irão se beneficiar de forma ilegítima de uma indenização não pode privar um número maior de pessoas da reparação que merecem, por exigência de justiça.

Destarte, apesar de plausível a preocupação, não se pode, ante a possibilidade de se haver fraude, alijar os lesados de terem ressarcimento da atividade judicial, especialmente quando os mesmos não possuem outros meios de fazer valer seus direitos.

3.3.1.9 A possibilidade de não se necessitar do Poder Judiciário e se necessitar da Administração Pública

O fato de ser possível viver sem ter relações com a Justiça, não o sendo quanto à administração, justifica a responsabilidade do Estado por atos administrativos e a irresponsabilidade por atos judiciais (SERRANO JÚNIOR, 1997, p. 135). Assim justificam alguns defensores da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais.

Não é crível, na sociedade moderna, com o aumento populacional, a intensificação das relações intersubjetivas e o aumento da complexidade das mesmas, que seja possível se passar a vida toda sem ser necessário um provimento jurisdicional.

Ademais, é bem sabido que um dos temas em voga na atualidade é o “acesso à justiça”. Assim sendo, se se luta para que a população possa realmente exigir seus direitos, com a criação de Juizados Especiais, dentre outras medidas, é porque muitos administrados

têm seus direitos lesados, o que, põem por terra o argumento da corrente que defende a irresponsabilidade do Estado.

Não obstante, a atividade judicial tem por escopo a pacificação social. Assim sendo, ela tende a beneficiar a todos. E, sendo a repartição dos encargos públicos um princípio do direito público, não era justo que toda a coletividade se beneficiasse com a pacificação social e poucos sofressem e suportassem todos os encargos dessa atividade, sem indenização alguma.

Nesse sentido, leciona Serrano Júnior (1997, p. 135):

Exercendo o Estado o monopólio da jurisdição, incumbe-lhe suportar os riscos de danos advindos de sua má prestação, já que os serviços judiciários não beneficiam apenas os litigantes, mas acima de tudo existem em benefício da sociedade, para fins de pacificação social, através da composição dos conflitos e tutela dos interesses superiores da coletividade, evitando as injustiças, arbitrariedades e excessos da autotutela privada (justiça de mãos próprias).

3.4 Responsabilização do Estado por atos judiciais

Ultrapassada a questão da impossibilidade de se responsabilizar o Estado por danos oriundos da atividade judicial, bem como asseveradas as justificativas em prol da completa responsabilização do Poder Público por eventuais danos causados, é de suma importância mostrar como se dará a responsabilização do Estado.

Inicialmente, deve ser abandonada a concepção de responsabilidade pessoal do juiz. Não que não assista o direito ao lesado propor ação em face do juiz prolator da decisão que lhe causou dano (ainda com os óbices de se provar a culpa do mesmo, posto que se trata de responsabilidade civil subjetiva), mas não se pode alijar do mesmo o direito de acionar

judicialmente o Estado para que este lhe indenize dos danos causados. Assim leciona José Guilherme de Souza (1991, p. 158):

Hoje, todavia já existe jurisprudência no sentido de que é facultado ao lesado optar entre acionar a administração pública ou o agente público causador do dano. É o que consta *in* RTJ-105/233.

Por isso, a peroração do professor CRETELLA deve ser recebida com temperamento. Deve sempre ser deixada aberta ao jurisdicionado a possibilidade de acionar o Estado ou o agente responsável, nos casos de falta profissional ou pessoal, para usar uma dicotomia do direito francês. Assim como o cidadão pode deixar de promover a ação, ao seu talante, pode igualmente optar por demandar da forma a melhor assegurar o seu direito.

Assim sendo, tem-se que o Art. 133 do Código de Processo Civil, que trata da responsabilização pessoal do juiz. Ante a existência do Art. 37, §6.º da Constituição Federal, que delinea os moldes da responsabilização do Estado, não é mais possível a responsabilização exclusiva do magistrado. O referido dispositivo constitucional é claro ao estabelecer que a responsabilidade é do Estado. Este deve ressarcir o administrado e, nos casos de culpa (em sentido amplo) se ressarcir perante o juiz. Esta é a pedra fundamental do sistema proposto.

Nesse sentido, leciona Cretella Júnior (*apud* PORTO, 1982, p. 12):

Pessoalmente, o juiz num primeiro momento, não é responsável. Nem pode ser. Responsável é o Estado. Estado e juiz formam um todo indissociável. Se o magistrado causa dano ao particular, o Estado indeniza, exercendo depois o direito de regresso contra o causador do dano, sem prejuízo das sanções penais cabíveis no caso. Em caso de dolo e culpa.

No mesmo sentido, assevera Dergint (1994, p. 229):

O art. 133 da Lei Processual Civil (reproduzido no art. 49 da LOMN), estabelecendo a exclusiva responsabilidade pessoal do juiz (quando no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva determinar de ofício ou a requerimento das partes) destoa do sistema constitucional brasileiro, que, desde 1946, adota a responsabilidade primária do Estado por atos de seus agentes, bem como o princípio da ação regressiva. Tendo em vista o art. 37, §6.º da Carta de 1988, cumpre somente ao Estado responder perante o jurisdicionado lesado por ato (ou omissão) judicial – o que assegura, por outro lado, a independência da magistratura, imprescindível ao bom funcionamento do serviço judiciário [...].

Assim, firma-se o primeiro ponto na responsabilização do Estado por atos judiciais: a responsabilidade é do Estado, podendo o lesado, a sua escolha, promover a ação em face do Estado ou do magistrado que lhe causou o dano.

Não obstante, impende-se esclarecer como se dará tal responsabilização, ante a existência de um grande leque de danos que podem ser causados ao administrado pelo Poder Público, no exercício da atividade judicial.

3.4.1 Erro judicial

A primeira, e uma das mais comuns hipóteses de dano causado pela atividade judicial, é a decorrente do erro judicial.

O erro judiciário pode ser de natureza civil ou de natureza penal. Quanto ao prejuízo decorrente de um erro na esfera penal, não há muita divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da responsabilização do Estado, posto que a Constituição Federal, no Art. 5.º, LXXV, que reza que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. Ou seja, neste caso, haveria uma disposição específica acerca da responsabilidade do Estado.

Di Pietro (1994, p. 91b) informa que o erro judicial penal passível de indenização não são apenas aqueles elencados na Constituição Federal:

Note-se também que o erro penal pode abranger outras hipóteses além do erro na condenação e na manutenção do condenado preso além do limite fixado na sentença. É o caso do erro no recebimento da denúncia, na decretação da prisão cautelar, no arresto e na busca e apreensão, na pronúncia do réu, na não concessão do relaxamento do flagrante, na recusa de liberdade provisória etc.[...]

O indivíduo que for condenado injustamente ou que permanecer mais tempo sob custódia do Estado do que o tempo fixado na sentença, tem o direito de ser indenizado pelo Estado, independentemente de comprovação de culpa por parte do Poder Judiciário. A atividade judicial, que não deixa de ser um serviço público, causou um dano e, dessa forma, o lesado tem o direito de responsabilizar o Estado, independentemente da comprovação de culpa, nos termos do Art. 37, §6.º da Constituição Federal. A aferição da culpa, será em momento posterior, quando o Estado verificará se seu agente, o magistrado, agiu com culpa ou dolo.

O erro judicial também pode ser de natureza civil. Neste caso, a responsabilização do Estado por danos decorrentes de atos judiciais na esfera civil torna-se mais tormentosa, especialmente ante o fenômeno da coisa julgada.

Boa parte da doutrina entende a necessidade da desconstituição da coisa julgada por intermédio da ação rescisória para poder ser possível a ação indenizatória em face do Estado. Em caso de prescrição da ação rescisória, tornar-se-ia impossível se responsabilizar o Estado. Nesse sentido, Di Pietro (1994, p. 93b) leciona:

Quer-me parecer que a questão não é tão simples quando se trata de erro da própria sentença; se isto ocorrer, a sentença deve ser desconstituída por via da ação rescisória; se esta não for proposta porque o interessado, por exemplo, perdeu o prazo para propô-la, parece contraditório aceitar que em outra ação se possa voltar a discutir a ocorrência ou não do erro da decisão, pois, com isto, cairia por terra o velho princípio segundo o qual a coisa julgada contém uma verdade legítima. É precisamente na hipótese de erro de direito contido na sentença que nos parece mais difícil aceitar a idéia de responsabilidade civil do Estado, a não ser que houvesse a prévia desconstituição da sentença[...].

Em que pese o posicionamento da autora, crê-se que este não é o melhor caminho, especialmente tendo em vista o Art. 37, § 6.º da Constituição Federal e os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da justiça.

Em verdade, conforme já explicado anteriormente, a responsabilização não afeta o fenômeno da coisa julgada. Trata-se de uma nova ação, com partes distintas, e com objeto distinto. Não se busca desconstituir uma situação já sob a égide da coisa julgada, mas indenizar, pelo injusto efeito da mesma, a parte que foi lesada. Nesse sentido, leciona Dergint (1994, p. 144 *apud* CHAVES, 1996, p. 16):

Entende Augusto Dergint que “mesmo se prescrita a ação rescisória, é de se admitir possa o prejudicado, pelo erro do Estado-Juiz, obter indenização, ainda que mantido o julgamento transitado em julgado. Atente-se para o fato de que a ação indenizatória não se busca a desconstituição da sentença lesiva e não se vinculam as mesmas partes (mas uma delas é o Estado). Assim sendo, a responsabilidade estatal a que prescrita a ação rescisória, assiste direito ao lesado em procurar ressarcimento, nos termos do Art. 37, §6 da Constituição Federal.

Não obstante, crê-se necessário fazer um esclarecimento. Em prol de uma maior racionalidade no manuseio dos institutos processuais, não seria de bom grado a promoção de ação indenizatória em face do Estado quando ainda caberia ao administrado o uso da ação rescisória. Isso se daria por dois motivos: primeiro porque ainda havendo recurso específico (ação rescisória) para desconstituir a decisão, carecia de interesse jurídico a ação indenizatória. Segundo, porque, em regra, deve-se preferir ter o bem jurídico pretendido a se converter o mesmo em pecúnia.

Assim sendo, pelo proposto, ainda sendo possível a proposição da ação rescisória, esta deve ser promovida. Intentada sem sucesso ou prescrita, seja qual for o motivo, caberia a ação de indenização por danos em face do Estado.

3.4.2 Denegação de justiça

A denegação de justiça é outro ato oriundo do Poder Judiciário que pode causar dano ao administrado. Di Pietro (1994, p. 93-94b) leciona:

Por muitas formas pode ocorrer a chamada denegação da justiça, por parte dos magistrados: (a) omissão em sentenciar, sob fundamento de lacuna da lei, com ofensa ao artigo 126 do CPC; (b) recusa, omissão ou retardamento, sem justo motivo, de providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte, conforme previsto no art. 133 do CPC; (c) negligência em dar andamento ao processo; (d) adiamento do julgamento para aguardar decisão de outro juiz; (e) absolvição, com base no princípio do “in dubio pro reo”, quando a dúvida envolve apenas matéria de direito.

Esclarece-se, contudo, que não há de se confundir denegação de justiça com má aplicação do direito ou com decisão injusta ou ainda com demora na prestação jurisdicional.

Nesse sentido, assevera Dergint (1994, p. 228-229):

O Estado responde ainda pelos prejuízos causados por denegação de justiça (que, em seu sentido estrito não se confunde com a má aplicação do direito ou com a decisão injusta) e por demora na prestação da tutela jurisdicional, que pode provir do mau aparelhamento judiciário ou desídia do juiz.

De acordo com as hipóteses elencadas pela autora Di Pietro, verifica-se que, em todas elas, ocorre um ilícito por parte do juiz. Assim sendo, tratando-se de um ato ilícito, a responsabilidade do Estado deve ser apurada de forma objetiva.

3.4.3 Serviço judiciário defeituoso

A atividade judicial não deixa de ser serviço público. Assim sendo, a desorganização do serviço judiciário que leva a causar um dano ao administrado deve ser indenizado pelo Estado.

Se o defeito no serviço judiciário se der pela falta da prestação jurisdicional (omissão) ou pelo seu funcionamento tardio (mau funcionamento), tem-se que ser aplicada a teoria da

culpa do serviço público (culpa administrativa). Nesse sentido, esclarece Souza (1991, p. 155):

Entendo que sim. Apenas que, nas hipóteses de serviço judiciário defeituoso, a responsabilidade do Estado é chamada sem culpa, ou acidente, administrativo, como o define CRETELLA JÚNIOR, quando menciona a falha do aparelhamento judiciário.

3.4.4. Dolo ou culpa do magistrado

Nas hipóteses de o magistrado ter agido com dolo ou culpa e ter causado um prejuízo ao administrado, deve o Estado ser responsabilizado de forma objetiva, nos termos do Art. 37, § .º da Constituição Federal, como já explicado anteriormente neste estudo monográfico.

Assim sendo, ante o exposto, propõe-se que a responsabilização do Estado por atos judiciais dê-se da mesma forma que se dá com os atos administrativos em geral. Assim sendo, ressalvadas as devidas particularidades da atividade judicial, é plenamente compatível a adoção da teoria da responsabilidade do Estado nos termos do Art. 37, §6.º da Carta Magna.

Contudo, é forçoso reconhecer-se que, na adoção da ação regressiva do Estado em face do magistrado que causar dano ao administrado, certas peculiaridades não de aparecer. Entretanto, ante a especificidade e importância do tema, será tratado no capítulo seguinte.

4 AÇÃO REGRESSIVA EM FACE DO JUIZ CAUSADOR DO DANO

O último aspecto no tocante a responsabilidade do Estado por atos judiciais é a possível ação de regresso em face do magistrado que causar danos aos administrados. Certamente, existem certas nuances acerca do tema, posto que, pela natureza da atividade desempenhada por estes agentes públicos, a ação de regresso deve ser somente permitida em situações realmente necessárias, respeitando-se a independência funcional dos magistrados.

Dos possíveis danos causados pela atividade judicial, um deles é de fácil enquadramento nesta matéria: trata-se dos casos em que o juiz age com dolo e acaba por provocar uma lesão ao jurisdicionado.

Nesses casos, é cristalino que não só é possível uma ação regressiva em face do magistrado que agiu com dolo, como que tal procedimento é o que mais se colima com os ideais de justiça, moralidade pública e razoabilidade.

Assim sendo, apesar de o Art. 133 do Código de Processo Civil não se adequar ao texto constitucional vigente, posto que apregoa a responsabilidade pessoal do juiz, tal dispositivo traz parâmetros para a responsabilização do magistrado em uma possível ação regressiva.

Certamente, nas hipóteses elencadas nos incisos do supradito artigo, é de fácil percepção que são casos que o juiz deve ser responsabilizado em sede de ação regressiva. Assim, ao invés de ele ser responsabilizado pessoalmente, devendo, por conseguinte, o prejudicado ter de provar o dolo do juiz, ele pode intentar a ação contra o Estado e este, em

ação regressiva, provado o dolo existente nas hipóteses elencadas no Art. 133 do Código de Processo Civil, se ressarcir.

Nas hipóteses em que o dano não for causado por culpa (em sentido amplo) do juiz, mas por falhas intrínsecas do Poder Judiciário, bem como de seu mau aparelhamento, não é possível a ação de regresso em face do magistrado. Verifica-se, nestes casos, que o magistrado não agiu com dolo ou culpa para a ocorrência do dano. Se este ocorreu, não foi por falta de diligência do magistrado, mas porque o Poder Público não aparelhou o Poder Judiciário da maneira necessária.

Nestes casos, o Estado deve ressarcir o lesado pelos danos causados pelo Poder Judiciário, mas este não poderá se ressarcir perante o juiz, posto que, de acordo com o Art. 37, § 6.º da Constituição Federal, é requisito indispensável para o ressarcimento do erário a existência de culpa *latu sensu*.

Nas duas primeiras situações (dolo do juiz e mal funcionamento do judiciário independentemente de culpa do juiz) é fácil de se verificar, no caso concreto, as hipóteses possíveis de ação regressiva e os casos em que esta não pode ser intentada.

Entretanto, é no caso de culpa por parte do magistrado onde reside a maior problemática do assunto. Sobre o tema, Ruy Rosado Aguiar Júnior (1993, p. 38) leciona:

A culpa que enseja a responsabilidade estatal por ato do Juiz se manifesta em três modalidades: a) na recusa, omissão ou retarde de providencia que deva ordenar (art. 133, II, do CPC); b) na negligência manifesta (art. 56, I da LOMAN); c) na insuficiente capacitação para o desempenho da função (art. 56, III, da LOMAN). A hipótese da alínea a concretiza-se com o injustificado desatendimento do pedido da parte, dez dias depois de apresentado seu requerimento através do Escrivão (art. 133, parágrafo único). É uma espécie de omissão, mas circunscrita a ausência de ordem judicial para uma certa providência. Isto é, falta a ordem, como a de expedição de alvará, de mandado de soltura, etc. Já na alínea b acima, a “manifesta”

negligência abrange qualquer outra omissão do Juiz dentro do processo, desde a falta de despacho, ausência de solenidades aprazadas, até a demora na prolação da sentença.

Cumpramos ressaltar que caso a omissão ou retardo se dê por dolo do juiz, estaremos tratando da hipótese anteriormente explanada nesse capítulo, ao tratarmos do dolo. Aqui o retardo é culposos, seja por desídia ou qualquer outro motivo.

Entretanto, asseveramos os autores que, em caso de culpa, esta deve ser grave. Acerca do conceito de culpa, trazemos a colação, novamente, as palavras de Aguiar Júnior (1993, p. 38):

Em todos os casos, a culpa deve ser grave, isto é, expressar inescusável desatenção ao cumprimento do dever funcional. A falta de justificativa para a recusa, omissão ou retardo da ordem de providência deve significar grave desconsideração para com o interesse da parte, que as circunstâncias de nenhum modo autorizavam. A negligência deve ser manifesta, evidente a qualquer exame, reveladora de descuido grosseiro ao dever de cuidado no exercício das funções. A demora é intolerável procrastinação dos atos de ofício, não justificada pelos fatos. A incapacidade é a inaptidão revelada através do desconhecimento elementar ou do erro crasso.

É de suma importância delimitar a responsabilidade do juiz, em sede de ação de regresso, para que este mantenha sua independência funcional. Dessa forma, não seria razoável que o Estado promovesse uma ação de regresso contra um juiz que em um processo julgou determinada causa de uma maneira, quando o posicionamento adotado por ele era possível ante o caso.

Assim, da forma exposta, poder-se-ia conciliar o direito do administrado em se ressarcir, sem a necessidade provar culpa, promovendo a ação indenizatória contra o Estado. Ao mesmo tempo, o Estado poderia se ressarcir do magistrado que causou o dano em certos casos, mantendo-se, intacta, a independência funcional tão necessária ao desempenho da função judicante.

4.1 Forma de ação de regresso

Quanto à forma como se dará a ação de regresso, verifica-se que primeiro é necessário que o Estado seja condenado, com trânsito em julgado, na ação em que o administrado moveu em face do dano sofrido.

Depreende-se, contudo, que não é possível que o Estado denuncie à lide e traga o juiz à ação onde o Administração Pública é ré. Primeiro porque estaria se aumentando o objeto discutido na ação, posto que a ação promovida pelo lesado em face do Estado busca a responsabilização de forma objetiva, enquanto que a discussão entre o Poder Público e o magistrado causador do dano é de índole subjetiva.

Segundo, porque é nítido que a denunciação a lide iria aumentar o tempo do processo, prejudicando o lesado. Primeiro, pelo aumento de atos processuais, segundo pela necessidade da prova da culpa, algo muito tormentoso.

Terceiro, porque só haveria interesse processual, posto que somente haveria interesse do Estado em promover a ação regressiva se ele realmente fosse condenado a indenizar o administrado. Neste sentido, assevera José Guilherme Souza (1991, p. 163):

Assim, superados os obstáculos (pré-requisitos) já mencionados, o Estado deve basear-se em apenas mais um: a irrecorribilidade do julgamento que o condenou ao ressarcimento do prejuízo assumido pelo particular. A esta altura, pode afirmar-se que ocorreu o cabimento da ação regressiva.

Ainda poder-se-ia ir mais longe e afirmar que somente caberia a ação de regresso caso o Estado efetivamente indenizasse o administrado pelo prejuízo sofrido. Entretanto, é forçoso reconhecer que tal entendimento dificultaria demasiadamente a propositura da ação de regresso.

Por fim, assevera-se e refisa-se que somente é cabível a ação de regresso se o ato do magistrado que causou dano ao administrado tenha sido cometido com dolo ou culpa, nos termos explanados nesse estudo monográfico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo monográfico teve como cerne analisar a responsabilidade do Estado por atos judiciais, abordando-se, inclusive a maneira como esta responsabilização deve se dar, incluindo-se alguns casos de dano causado por atos judiciais e sua respectiva forma de responsabilização.

Para não deixar o estudo incompleto, além de verifica a enorme importância, abordou-se em um capítulo específico a ação regressiva do Estado em face do magistrado causador de danos ao administrado. Sem sobra de dúvidas, na temática da responsabilidade do Estado por atos judiciais, este é o ponto mais tormentoso, posto que interfere em algo fundamental no exercício da atividade judicante: a independência funcional do juiz.

Demonstrou-se que a atual ordem constitucional dá guarida à responsabilidade do Estado por atos judiciais. O Art. 37, § 6.º da Constituição Federal, ao utilizar o conceito “agente público” quis ampliar a responsabilidade do Estado a todos os que desempenham a vontade do Poder Público, inclusive os juízes. Assim, viu-se que não há óbice, pelo contrário, houve vontade do poder constituinte originário em se responsabilizar todos os agentes públicos, para se realmente existir um estado de direito.

Os posicionamentos doutrinários e jurisprudências que defendem a irresponsabilidade do Estado foram analisados. Coletou-se os principais argumentos em prol da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais, dando-se uma explanação acerca dos mesmos. Ainda, demonstrou-se que tais justificativas eram insubsistentes, seja porque descabidas de lógica, seja porque não tinham guarida na atual ordem constitucional.

Ainda, foram abordadas algumas hipóteses de atos do Poder Judiciário que causam danos ao administrado. Demonstrou-se como se dava tais danos e como se daria a responsabilização do Estado. Evidentemente, este estudo monográfico não teve a intenção de exaurir todas as formas de danos possíveis, ante a complexidade do tema. Entretanto, foi abordado os aspectos e as hipóteses mais importantes e tormentosas.

Ademais, tratou-se também da ação regressiva do Estado em face do magistrado. Pretendeu-se dar uma solução sobre como se daria tal ação regressiva, posto que, em prol da independência funcional do magistrado, não se poderia promover uma ação regressiva em todo e qualquer caso.

Não há como na atual ordem constitucional se justificar a irresponsabilidade do Estado por atos judiciais. Como fora visto, a responsabilidade do Estado é uma regra na Constituição Federal de 1988. Não só uma regra, como o constituinte pretendeu, no Art. 37, § 6.º da Constituição Federal abarcar todas as pessoas que laboram em prol da consecução do objetivo público.

Ademais, ter como irresponsáveis os atos judiciais é fazer letra morta o texto constitucional. Não é admissível que em um estado de direito, onde se prima pela isonomia e pela justiça, que o administrado fique alijado de meios de reparar um dano injustamente causado pela Administração Pública, especialmente quando a própria Carta Magna lhe dá meios para tal.

Os ordenamentos jurídicos estrangeiros, especialmente os da Itália e da França, alteraram suas legislações para se admitir a responsabilização por atos judiciais já há algum bom tempo. Não se quer aqui entrar no mérito se a maneira como tal responsabilização foi feita é realmente correta e efetiva, ou se seria possível utilizar-se da mesma sistemática no Brasil.

O que se quer afirmar é que tais países, já há algum tempo, verificaram a necessidade de se ampliar a responsabilidade do Estado, abarcando, inclusive os atos judiciais. Necessariamente, verifica-se que a irresponsabilidade do Estado perante tais atos apenas contribui para que o serviço não aprimore, não melhore e continue a prejudicar os administrados. Por outro lado, a responsabilização do Estado (e não a responsabilização pessoal do juiz) é mais uma salvaguarda a independência funcional do magistrado, posto que este o Estado seria acionado em uma ação indenizatória e não o juiz.

Não obstante, a responsabilização e a existência de uma ação regressiva em face do juiz causador de dano é uma forma de se aprimorar o serviço judicial, aumentar a responsabilidade dos juízes e fazer com que estes continuem a aprimorar seus conhecimentos jurídicos.

Ademais, é cristalino que não existe poder sem a devida responsabilidade. A atividade judicial é, sem sombra de dúvidas, demasiadamente importante, e o magistrado tem um poder-dever imenso. Por não ser apenas um poder, mas um poder ligado a um dever de prestar a atividade judicial de acordo com a ordem constitucional e para a consecução do objetivo público, ele deve ter sua responsabilidade na medida de seu poder-dever.

Assim, por intermédio desse estudo monográfico, tentou-se demonstrar que o Estado é responsável pelos atos judiciais, bem como que não assiste razão aos que defendem a irresponsabilidade do Estado. Ademais, visa-se a apresentar uma maneira de se responsabilizar o Estado e promover a ação regressiva em face do juiz causador do dano, sem atentar contra a independência funcional dos magistrados.

Pretende-se, assim, que esse trabalho possa contribuir, de alguma forma para que, em um futuro próximo, o pensamento jurídico acerca da responsabilidade do Estado por atos judiciais evolua nos tribunais superiores e realmente se possa afirmar que o Estado trata o administrado com a devida justiça, colimando, assim, para a construção de uma sociedade mais justa, dando-se primazia a isonomia e aos demais princípios do arcabouço constitucional.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul**, Porto Alegre, v. 156-161, 1993.

ARRUDA, José Jobson A. **História moderna e contemporânea**. 27.^a ed. São Paulo: Editora Ática, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BRASIL, Código Civil de 1916. 8.^a ed. São Paulo. Editora Rideel, 2001.

_____, Código Civil de 2002. 6.^a ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____, Constituição Federal de 1988. 24.^a ed. São Paulo. Editora Atlas, 2005.

_____, Constituição Federal. Disponível em www.presidenciadarepublica.gov.br. [capturado em 20 de maio de 2006]

_____, Código de Processo Civil. 6.^a. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____, Decreto n.º 24.216, de 9 de maio de 1934. Disponível em www.senado.gov.br.

BUZAID, Alfredo. Da responsabilidade do Juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, ano III, n.º 9, 1978.

CAHALI, Yussef Sahid. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2.^a ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

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

CARLIN, Volnei Ivo. A responsabilidade civil do Estado resultante do exercício das funções jurisdicionais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 71, v. 557, 1982.

CAVALCANTE, Flávio de Queiroz B. Responsabilidade do Estado pelo mau funcionamento da Justiça. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 29, n.º 116, 1992.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6.^a ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 11.^a ed. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2004.

CHAVES, Rogério Marinho Leite. Responsabilidade do Estado por ato judicial. **LEX – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais**. São Paulo, ano 8, n.º 86, 1996.

COTRIM NETO, Alberto B. Da responsabilidade do Estado por atos do juiz em face da Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 30, n.º 118, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 99, 1970.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22.^a ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2001.

DELGADO, José Augusto. A demora na entrega da prestação jurisdicional – responsabilidade do Estado – indenização. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n.º 14, 1996.

DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 710, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4.^a ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

HENZ, Luiz Antônio Soares. Responsabilidade do Estado por prisão indevida. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 85, v. 730, 1996.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 21.^a ed., Rio de Janeiro, Livros Técnicos e Científicos Editora, 1986.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 210, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 8.^a ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17.^a ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 13.^a ed. São Paulo, Editora Atlas, 2001.

_____, Maria Sylvia Zanella di. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 198, 1994.

PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade do Estado pelos atos dos seus juízes. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 562, 1982.

_____, Mário Moacyr. Responsabilidade Civil do Estado. Atos legislativos e judiciais. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano 91, v. 329, 1995.

SÉ, João Sento. Responsabilidade Civil do Estado-Juiz. **Revista de Direito Público**. Brasília, ano 20, n.º 82, 1987.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento dos serviços judiciários. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 86, v. 746, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19.^a ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Juízes Irresponsáveis?. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 80, v. 674, 1991.

SOUZA, José Guilherme de. Responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**. Uberlândia, v. 20, 1991.

VENOSA, Sílvio da Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 3.^a ed. São Paulo, Editora Atlas, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A responsabilidade civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 77, v. 633, 1988.