



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
MONOGRAFIA JURÍDICA

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

Carolina Araújo Felipe Torres Lima
Matr. 0141976

**FORTALEZA-CE
JULHO – 2006**

CAROLINA ARAÚJO FELIPE TORRES LIMA

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO
ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo da Professora Celina C. Serra.

Fortaleza – Ceará

2006

CAROLINA ARAÚJO FELIPE TORRES LIMA

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

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de bacharel em Direito, em conformidade com os normativos do MEC.

Fortaleza (CE), 17 de julho de 2006.

Celina C. Serra.

Prof^a. Orientadora da Universidade Federal do Ceará.

Fernanda Cláudia Araújo da Silva Vaccari.

Prof^a. Examinadora da Universidade Federal do Ceará.

José Aurélio Monte Saraiva Câmara.

Bacharel em Direito.

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, o dom maior da minha vida e a minha família, que sempre esteve presente, me apoiando e impulsionando a ser o que hoje sou.

AGRADECIMENTOS

À Deus, pelo amor incondicional.

Aos meus pais, por me incentivaram a prosseguir quaisquer que fossem os obstáculos, estendendo sua mão acolhedora, enxugando minhas lágrimas e enchendo-me de esperança.

Aos professores da Faculdade Federal do Ceará, que participaram direta ou indiretamente de minha árdua jornada ao longo desses anos, ensinando que o Direito está muito além dos livros, está também na alma e no coração.

Aos familiares e amigos por compreenderem minhas limitações diante do tempo dedicado aos estudos.

Enfim, a todos que de alguma forma colaboraram para que pudesse alcançar os meus objetivos.

“O Direito como profissão é uma arte!
O Direito como prerrogativa é uma bênção!”

(Tia Dionne)

RESUMO

O Estado, através da atividade desempenhada por seus agentes, freqüentemente, causa danos aos administrados, o que gera, por conseguinte, o dever de indenizá-los pelos prejuízos sofridos na proporção da atividade danosa. A atividade jurisdicional está contida no rol das funções do Estado, dessa forma, ao Poder Judiciário, não só no tocante aos atos administrativos internos, como também na prática de atos próprios da função, deveria incidir a regra da Responsabilidade Extracontratual do Estado. Enquanto a doutrina e a jurisprudência ampliam-se no sentido de reconhecer o dever indenizatório estatal no âmbito da administração pública em geral, o tema da responsabilidade extracontratual do Estado por ato jurisdicional tem aplicação bastante restrita, chegando alguns ao extremo de considerar tal matéria estranha ao direito administrativo. A jurisdição é o mais importante dentre todos os institutos da ciência processual e o juiz, como aplicador da lei, desponta uma figura bastante significativa, já que é ele o transmissor dos valores jurídicos ao povo e, no caso em tela, o problema assume proporções gigantescas, na medida em que a lei torna-se cada vez mais inadequada para suprir os emergentes conflitos sociais, uma vez que tais modificações ocorrem veloz e complexadamente, sendo fundamental a proteção aos bens da pessoa humana.

Palavras-chave: Estado democrático de direito; Responsabilidade do Estado; Ato judicial.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 1 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO..... | 10 |
| 1.1 Teorias acerca da Responsabilidade do Estado..... | 13 |
| 2 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NO BRASIL..... | 22 |
| 2.1 Cartas Imperial e Republicana..... | 22 |
| 2.2 Código Civil de 1916, art. 15..... | 23 |
| 2.3 Cartas de 1934 e 1937..... | 24 |
| 2.4 Constituições de 1946, 1967 e 1969..... | 24 |
| 2.5 Constituição Federal de 1988..... | 25 |
| 3 RESPONSABILIDADE ESTATAL POR ATOS JURISDICIONAIS..... | 27 |
| 3.1 Base normativa da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais..... | 30 |
| 3.2 Argumentos a favor da irresponsabilidade estatal pela atividade judicial danosa..... | 33 |
| 3.3 Teoria da responsabilidade do Estado-juiz..... | 43 |
| 4 DANOS DECORRENTES DA ATIVIDADE JUDICIÁRIA..... | 45 |
| 4.1 Erro judiciário..... | 46 |
| 4.2 Dolo ou culpa do magistrado..... | 49 |
| 4.3 Denegação da justiça..... | 50 |
| CONCLUSÃO..... | 52 |
| REFERÊNCIAS..... | 55 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade cumprir o requisito para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Ceará.

O tema explorado é “A responsabilidade extracontratual do Estado por atos jurisdicionais”, que foi escolhido em razão da divergência jurisprudencial e doutrinária quanto à responsabilização ou não do Estado pela prática de atos danosos ao jurisdicionado.

A metodologia utilizada no trabalho monográfico é caracterizada como um estudo descritivo analítico, desenvolvido através de pesquisas bibliográfica e documental. Quanto à utilização de resultados, a pesquisa é pura; segundo a abordagem, é qualitativa.

Através deste trabalho, procuramos estabelecer, no primeiro capítulo, as noções preliminares que se deve possuir no tocante à responsabilidade estatal, segundo os postulados do Estado Democrático de direito. Também será estudada a evolução pela qual passou a responsabilidade do Estado, desde a teoria da irresponsabilidade até a adoção da responsabilidade, seja pela teoria subjetiva ou objetiva.

O segundo capítulo trata da responsabilidade extracontratual no Brasil, abordando a adoção gradativa desta tese no direito pátrio através das Constituições Federais, bem como do Código Civil Brasileiro de 1916 e de 2002. Analisa-se também o § 6º do artigo 37 da Carta Magna de 1988, que consagra a regra geral da responsabilidade no ordenamento pátrio.

O terceiro capítulo adentra no mérito do tema proposto ao tratar da responsabilidade extracontratual do Estado por atos jurisdicionais. Primeiramente, se faz uma delimitação doutrinária acerca do conceito de atos jurisdicionais, posicionando estes dentro do gênero dos atos judiciais. Em seguida discorre-se sobre a base normativa da responsabilidade do Estado-juiz, apontando os dispositivos que a recepcionam. Neste capítulo, são expostos e analisados os argumentos utilizados pelos defensores da irresponsabilidade estatal por atos jurisdicionais, bem como é feita a refutação de tais idéias.

Por fim, no quarto capítulo, discorre-se sobre os atos jurisdicionais danosos que acarretam a responsabilidade civil do Estado. Dentre estes, analisar-se-á, inicialmente, os atos jurisdicionais danosos considerados pela jurisprudência como passíveis de indenização que são aqueles previstos em lei e, posteriormente, estudar-se-á aqueles que constituem denegação de justiça, mas que, no entanto, não estão inseridos expressamente na legislação como passíveis de reparação, seja pelo Estado ou pelo causador direto do dano.

1 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

O Estado brasileiro vem mantendo, desde a promulgação da Constituição de 1891, tradição no sentido de estabelecer a República como forma de governo nacional. Assim, a Carta Magna de 1988, recepcionando esta evolução constitucional, elegeu, em seu artigo 1º, a forma republicana de governo como princípio fundamental da ordem constitucional.

O ideal republicano da representatividade está estritamente ligado à noção de função pública como corolário da persecução dos interesses públicos e do bem comum, portanto, o agente público que detenha em suas mãos parcela de poder sobre a *res publica* responderá, sob a égide do regime republicano, por seus atos praticados, conquanto revestido em suas funções. Neste sentido, afirma Michel Temer (1996, p. 163) que: “aquele que exerce função política responde pelos seus atos. É responsável perante o povo, porque o agente público está cuidando da *res publica*. A responsabilidade é corolário do regime republicano”.

Tanto o regime republicano quanto os postulados do Estado Democrático de Direito trazem, em seu bojo, a idéia de responsabilidade e garantia ao direito dos administrados que, juntamente com os princípios e presunções do Direito Administrativo equilibram a equação existente entre a própria Administração Pública e aqueles a quem compete a observância de seus ditames.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 25/55) diz ser construído o Direito Administrativo sobre duas bases bastante sólidas, quais sejam, o Estado, com todas as suas prerrogativas, competências e funções, e as garantias dos administrados sopesando e limitando os poderes atribuídos ao primeiro. É justamente a esse sistema de freios e contrapesos que o autor intitula de “Regime Jurídico-Administrativo”.

A responsabilidade extracontratual estatal, portanto, encontra fundamento nesse sentido, uma vez que o Estado, no exercício de seu poder soberano, exercendo a função administrativa, legislativa ou jurisdicional, pode causar danos ao administrado, tendo, por conseguinte, o dever de repará-lo quando presentes os pressupostos de sua responsabilidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 618), ao tratar do tema, conceituou a responsabilidade extracontratual do Estado como aquela que: “corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 799), a responsabilidade estatal consiste na obrigação que incumbe a este ente “de reparar 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”.

Por sua vez, Hely Lopes Meirelles (2001, 609) define a responsabilidade estatal como sendo “a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las”.

Ressalte-se que a responsabilidade é do Estado, e não da Administração, como defende Hely Lopes Meirelles (2001, p. 609), uma vez que esta não tem personalidade jurídica, não possuindo, portanto, aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações na ordem civil.

É importante distinguir a responsabilidade contratual do Estado da extracontratual. A primeira refere-se à responsabilidade decorrente dos contratos celebrados pela Administração Pública, regendo-se por princípios próprios. Já a segunda deriva das atividades estatais sem qualquer conotação pactual.

Dessa forma, como aduz José Cretella Júnior (1999, p. 601), pode-se entender que a responsabilidade contratual deriva da infração de cláusulas aceitas por ambas as partes quando celebrado um contrato. Já a responsabilidade extracontratual é aquela em que

A Administração responde, por fato próprio, pelas atividades não só lícitas e legítimas, como também pelas ilegítimas e ilícitas geradas por seus órgãos, visto que os entes públicos, em geral, só podem querer e agir por meio das pessoas físicas prepostas aos cargos, de tal modo que a vontade e a ação dos órgãos é vontade e ação daqueles entes...

Ao contrário do direito privado, no qual a responsabilidade deriva em geral de ato ilícito, a responsabilidade extracontratual do Estado pode decorrer tanto de atos lícitos quanto ilícitos.

Uma vez conceituada a responsabilidade extracontratual do Estado, necessária é a distinção entre o fato que enseja responsabilização do Poder Público e o ato estatal que importa em sacrifício do direito de outrem, ato este, porém, amparado pelo ordenamento jurídico positivado.

Com efeito, situações há em que o interesse privado deve ser sacrificado para que haja a satisfação de um interesse coletivo. Neste caso, ambos os interesses são tutelados pelo Estado, porém, por circunstâncias diversas, não pode o Estado satisfazer o segundo sem que

com isto importe em reais supressões ao direito de outrem, dando-se, a equivalência destes direitos sob a égide do princípio da legalidade, que por sua vez é consagrado pelo ordenamento jurídico pátrio vigente.

Assim, havendo prévia disposição legal ou ainda autorização pelo ordenamento jurídico da possibilidade de agir o Estado em nome de um interesse coletivo, sem que com isso se deixe de afetar interesses particulares, não nos encontramos diante de um caso de responsabilidade extracontratual do Estado, mas de mera intervenção pública na esfera de direitos de outrem.

Para haver responsabilidade do Estado deve, necessariamente, ocorrer violação à esfera de direitos juridicamente tutelados pelo próprio Estado e não mero sacrifício deste.

1.1 Teorias acerca da Responsabilidade do Estado

A evolução do tema da responsabilidade do Estado foi bastante lenta. Por muito tempo, adotou-se a regra da irresponsabilidade. Aos poucos, foi-se migrando para a responsabilidade subjetiva, vinculada à culpa. Por fim, evoluiu-se para a fase da responsabilidade objetiva, em que se encontra a doutrina dominante.

Existe bastante divergência entre os doutrinadores acerca da nomenclatura a ser dada à matéria em estudo. Neste trabalho, entretanto, abordaremos as teorias da responsabilidade em conformidade com a classificação de Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2005, p. 562), que as dispôs da seguinte forma: teoria da irresponsabilidade, teorias civilistas e teorias publicistas. Na segunda estão compreendidas as teorias dos atos de império e de gestão e da culpa civil ou responsabilidade subjetiva. Na última, encontra-se a teoria da culpa administrativa ou

culpa do serviço público e a teoria do risco integral ou administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva.

1.1.1 Teoria da irresponsabilidade

Esta teoria vigorou na metade do século XIX, na época da monarquia absolutista e nela reinava a idéia de que o Estado não poderia ser responsabilizado por qualquer ato.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 563), tecendo comentários sobre o tema, descreveu essa teoria, na qual

O Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito, ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*The king can do no wrong; lê roi ne peut mal faire*) e o de que “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei”. Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.

Dessa forma, os particulares deveriam suportar os prejuízos que lhes fossem causados pelos servidores públicos no exercício regular de suas funções, admitindo-se, por sua vez, a responsabilidade pessoal dos agentes, quando agissem contra ou fora dos limites legais (Augusto do Amaral Dergint, 1994, p. 36).

Assim, conforme aduziu José Cretella Júnior (1999, p. 607),

Sendo o Estado o próprio direito, se o agente seu (preposto) causa dano ao administrado, por dolo ou culpa, o príncipe nada tem a ver com isso, porque a pessoa física – o agente público – teria agido por conta própria, como se operasse na qualidade de particular desvinculado do serviço, agindo no próprio nome, não representando, pois, o Estado, cuja finalidade é a de guardião do direito.

A teoria da irresponsabilidade encontra-se superada, uma vez que os últimos países que a adotavam, a Inglaterra e os Estados Unidos da América, abandonaram-na, respectivamente, pelo *Crown Proceedings Act* (1947) e pelo *Federal Tort Claims Act* (1946), ingressando no regime da responsabilidade do Poder Público.

1.1.2 Teorias civilistas

Num primeiro momento, restou superada a tese da irresponsabilidade do poder público para, enfim, dar-se o passo inicial rumo às teorias que preceituavam a responsabilidade estatal.

Dá-se a estas teorias o nome de civilistas uma vez que se apoiavam nos ensinamentos trazidos pelo Direito Civil que, por toda sorte, baseia-se na idéia de culpa do agente causador do dano.

1.1.2.1 Teoria dos atos de império e de gestão

A doutrina civilista que se baseava para fins de responsabilidade estatal na distinção entre a natureza dos atos de império e dos atos de gestão estabelecia que apenas quanto aos de gestão praticados pelo poder público seriam passíveis de controle da responsabilidade jurídica.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 563) assim distingue os atos de império dos 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 do 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 neste último caso não haveria distinção entre o comportamento estatal e o do particular, uma vez que ambos se encontram em situação de igualdade, estaria, pois passível de responsabilidade o poder público, desde que averiguada a culpa – *latu sensu* – do agente deflagrador do dano.

Modernamente, porém, a possibilidade de se distinguir os atos de império dos atos de gestão da Administração Pública, perdeu por completo sua sustentabilidade quer por ser impossível dividir a personalidade do Estado – caso contrário estaríamos diante de uma dualidade de vontades partindo da mesma entidade jurídica – quer pela dificuldade de se enquadrar como atos de gestão todos aqueles promovidos pelo Estado com a finalidade de administrar o patrimônio público ou quando estiver a prestar serviços.

Assim, encerrado o debate acerca da possibilidade de distinção entre a natureza dos atos de império da dos atos de gestão, restou impossível se falar em responsabilidade estatal, ainda que haja culpa do agente, com fundamento nestas bases doutrinários.

1.1.2.2 Teoria da culpa civil ou responsabilidade subjetiva

Esta teoria versa sobre a necessidade de se enquadrar a Responsabilidade Extracontratual do Estado sob o prisma puramente civilista da questão. Assim, para que fosse imputada responsabilidade pelos atos da pessoa política bastava a mera noção de culpa – *latu sensu* – no atuar da Administração através de seus agentes ou prepostos.

Neste ponto, interessante assinalar as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 564) que assim elucida a questão:

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 de empregados ou prepostos.

Note-se que por força da doutrina civilista da responsabilidade estatal é que foi editada a norma contida no artigo 15 do Código Civil Brasileiro de 1916, consagrando na legislação pátria a teoria da culpa civil.

Como era de se esperar, até mesmo por força do Regime Jurídico-Administrativo, a doutrina civilista foi cedendo espaço às normas e princípios de Direito Público que, por sua vez, passaram a atuar nas diversas relações existentes entre o próprio Estado – como pessoa política que é – e seus administrados regendo, como consequência lógica deste acontecimento, a questão da Responsabilidade Extracontratual do Estado.

1.1.3 Teorias publicistas

O completo afastamento das regras e princípios do Direito Privado para se apurar a Responsabilidade do Estado deu-se pelo famoso caso Arrêt Blanco¹. A partir daqui, a responsabilidade do Poder Público torna-se autônoma, como matéria específica do Direito Público.

Deste modo, propondo resolver a questão da responsabilidade do Estado por princípios de Direito Público, surgiram as teorias da “culpa do serviço” (culpa administrativa, acidente administrativo ou falta do serviço) e do “risco”, desdobrando-se esta em teoria do “risco administrativo” e do “risco integral”. A primeira passa a idéia de responsabilidade baseada na falta do serviço, enquanto as segundas remontam a teoria do risco, baseada na mera relação de causa e efeito entre o ato estatal e o evento danoso.

¹ O caso Arrêt Blanco é um divisor de águas na questão da responsabilidade estatal, pois é justamente pelas consequências de sua decisão que se deu o primeiro passo rumo à desvinculação das teorias civilistas para fins de se apurar a responsabilidade do Estado, utilizando-se, a partir daí, as teorias publicistas para tais questões.

O caso passou-se na França, na cidade de Bordeaux, em 1873. A menina Agnes Blanco, ao tentar atravessar uma rua, foi atropelada por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura de Fumo. O pai da criança, então, acionou perante o Tribunal Civil francês, pedido de indenização com fundamento de que o Estado era civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em face de comportamentos danosos de seus agentes. Por se tratar de questão envolvendo o funcionamento de serviço público, o Tribunal de Conflitos decidiu que a competência para processar e julgar o caso seria do Tribunal Administrativo, entendendo ainda que a responsabilidade do Estado não pode reger-se por princípios próprios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais, que variam conforme a necessidade do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os interesses particulares (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 2005, p. 564).

1.1.3.1 Teoria da culpa administrativa ou falta do serviço

Para a teoria da culpa administrativa, atentando para os princípios de Direito Público que regem esta espécie jurídica, não se faz necessária a individualização do agente que agiu culposamente para a deflagração do dever de indenizar pelo Estado, basta a idéia trazida pela doutrina francesa de *faute du service*, ou seja, “culpa do serviço”.

Sobre esse ponto, vale citar as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 784/785):

Em face aos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa *individual* para deflagrar-se a responsabilidade do Estado ...
A ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta a configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravos dos administrados.

A falta do serviço, conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho (2004, p. 447), pode ser consumada de três formas: a inexistência, o mau funcionamento ou o retardamento do serviço.

Dessa forma, em qualquer das hipóteses, a falta do serviço implica no reconhecimento da existência de culpa, recaindo ao lesado o ônus de provar que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, conseqüentemente, teria o Estado atuado culposamente.

É nesse sentido que defendemos que a responsabilidade por falta de serviço é subjetiva, e não objetiva, como defende Hely Lopes Meirelles. Não basta haver a mera relação causal entre o ato relacionado ao serviço estatal e o dano produzido ao administrado. Mister que haja, inevitavelmente, o elemento subjetivo da culpa – *latu sensu* – pois é por este que se verificará o dever de indenizar ou não, incumbido ao Estado.

1.1.3.2 Teoria do risco administrativo ou da responsabilidade objetiva

Após as doutrinas civilistas e a teoria da culpa no serviço, a construção pretoriana avançou em prol do administrado, consagrando a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, a qual dispensa a verificação do fator culpa em relação ao fato danoso (José dos Santos Carvalho Filho, 2004, p. 448).

Esta teoria baseia-se no fundamento de que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado, que se encontra em posição de subordinação, ainda que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico.

Conforme salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 565), “Essa doutrina baseia-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais: assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos”.

A teoria objetiva da responsabilidade do Estado subtrai, para fins de averiguação da procedência ou não da responsabilização estatal, a necessidade do elemento subjetivo (culpa ou dolo). Assim, para a presente teoria, basta que haja relação de causalidade entre o comportamento comissivo ou omissivo do Estado – seja este lícito ou ilícito – e a efetiva lesão na esfera juridicamente protegida do administrado.

É indiferente que o serviço tenha funcionado bem ou mal, regular ou irregularmente, basta que o dano imputável ao Estado rompa a igualdade dos cidadãos quanto aos ônus e encargos públicos.

Cumpra-se verificar nesta teoria a existência dos seguintes elementos: ação ou omissão do Estado, dano ao administrado e nexo de causalidade existente entre o comportamento do Estado e o dano.

Assim como na responsabilidade subjetiva do Estado tem-se a culpa do serviço que lhe serve de substrato, a responsabilidade objetiva possui, como fundamento, as chamadas teoria do risco e teoria do risco integral.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2001, p. 611), “a teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado”.

Dessa forma, para a concretização do dever jurídico de indenizar o administrado com fundamento na teoria do risco administrativo, basta que do ato injusto do Estado sobrevenha dano ao particular. Assim, conforme observou o referido autor, mister que se verifique o “fato do serviço”, e não a “falta do serviço”.

Essa teoria fundamenta-se na idéia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente. Por esta idéia central, faz-se incidir sobre o Estado a responsabilidade como se se tratasse de uma pessoa jurídica de direito privado que atuasse no ramo de seguros em que os segurados seriam os contribuintes – administrados – que, ao pagar os tributos devidos, colaboram para a formação de um fundo patrimonial coletivo (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 2005, 565).

Convém salientar que, embora esta tese dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre, para excluir ou atenuar a indenização, a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso.

1.1.3.3 Teoria do risco integral

Pela teoria do risco integral, a Administração fica obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que fossem esses resultantes de culpa da vítima.

Como observa Hely Lopes Meirelles (2001, 612), a teoria do risco integral “é modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social”.

Pelo caráter extremo, abusivo e injusto da teoria do risco integral, a mesma vem sofrendo fortes críticas, restando a ela poucos adeptos, e tendo ainda reduzida sua aplicabilidade, porquanto, caso o fosse, geraria graves conseqüências aos postulados e princípios não só do Direito Público, mas sim do ordenamento jurídico como um todo.

2 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NO BRASIL

A teoria da irresponsabilidade absoluta do Estado era a dominante no Brasil Colônia, embora a afirmação de alguns autores de que nunca tenha sido plenamente acolhida pelo direito brasileiro. O certo é que, após a independência do Brasil, em 1822, passa a ser gradativamente admitida essa responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes, demonstrando nossos doutrinadores contínua evolução, até os que perfilharam as doutrinas publicistas (José Cretella Júnior, 1999, p. 685).

2.1 Cartas Imperial e Republicana

A Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 179, XXIX, dispunha que “os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”.

A Carta de 1891, em seu artigo 82, repetiu a mesma redação do citado dispositivo.

Pela leitura do dispositivo constitucional poder-se-ia, em um primeiro momento, inferir que somente o funcionário era responsável pelo evento danoso, excluindo-se do âmbito de atuação da norma, a pessoa política. Porém, conforme relata Celso Antônio Bandeira de

Mello (1999, p. 809), reconhecia-se a responsabilidade civil do agente público, entendendo-se haver solidariedade do Estado no dever de reparar o dano.

2.2 Código Civil de 1916, artigo 15

Com o advento do Código Civil de 1916, passa-se a aceitar a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade estatal no direito positivo brasileiro. Dispunha o artigo 15 do citado diploma:

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

Ainda que o citado preceito demonstrasse o caráter subjetivo da responsabilidade estatal através da expressão “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei”, o fazia com imprecisão, possibilitando opiniões de juristas e entendimentos jurisprudenciais vislumbrando admitida a responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco, em determinados casos de atuação lesiva do Estado. Mário Masagão (*apud* José Cretella Júnior, 1999, p. 682), comentando o artigo 15 do Código Civil, adverte que

Não é fácil aproximar este artigo de nenhuma das *teorias do direito público*, que deixamos assinada. Não faz alusão à *culpa*. Não se inclina para a *doutrina do risco* integral, porque condiciona a indenização a ter sido o dano causado por procedimento contrário ao direito, ou com falta a dever prescrito por lei. Todavia, por esse mesmo motivo, de alguma forma pende para a *teoria do acidente administrativo*. O legislador tratou da responsabilidade do Estado na parte geral do Código Civil, e muito de indústria o fez, para mostrar que ela se rege por princípios diferentes dos que disciplinam a responsabilidade extracontratual dos particulares na parte especial. Adotou o Código a melhor doutrina quanto à responsabilidade dos funcionários, mandando responder perante a vítima a Fazenda Pública, e dando a essa ação regressiva contra causadores do dano.

Hely Lopes Meirelles (2001, p. 613), por outro lado, elucida a questão afirmando que “o questionado art. 15 nunca admitiu a responsabilidade sem culpa, exigindo sempre e em todos os casos a demonstração desse elemento subjetivo para a responsabilização do Estado”.

2.3 Cartas de 1934 e 1937

A Constituição de 1934, em seu art. 171, bem como a Carta de 1937, no art. 158, assim trataram a questão da responsabilidade do Estado: “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”.

Restava, portando, acolhido o princípio da responsabilidade solidária entre Estado e funcionário, em litisconsórcio necessário, pelo prejuízo causado ao particular, com fundamento na teoria subjetiva da responsabilidade estatal.

2.4 Constituições de 1946, 1967 e 1969

A Constituição de 1946, em seu art. 194 dispunha que “As pessoas jurídicas de Direito Público Interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. No parágrafo único do mesmo artigo, lia-se: “Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

Assim, como se observa da análise do dispositivo, a Carta Constitucional de 1946, inovando o sistema adotado no Brasil, acolheu os princípios publicísticos na matéria, introduzindo normativamente em nosso ordenamento a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Havendo dano e imputabilidade à pessoa jurídica de direito público (nexo causal), a indenização é devida.

Em matéria de responsabilidade, adota-se a partir de então a regressividade e não mais a solidariedade entre Estado e funcionário.

O Diploma de 1967, bem como a Emenda nº 1 de 1969, seguiram a mesma orientação da norma da Carta de 1946 acrescentando, apenas, que a ação regressiva – objeto do parágrafo único - movida pela Administração contra o funcionário caberia em caso de culpa ou dolo do mesmo.

Assim, em face ao princípio da responsabilidade objetiva, aquele que sofresse dano, para haver do Estado a reparação do prejuízo apenas deveria provar ter sido ele causado no exercício da função pública. A reparação prescindia de prova de culpa ou dolo por parte do causador, dependendo exclusivamente de estar este no exercício de função pública.

2.5 Constituição Federal de 1988

A vigente Constituição da República de 1988, ao regular a administração pública, dispõe, em seu Art. 37, § 6º, que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiro, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O dispositivo claramente consagra a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, caracterizada pela desnecessidade de o lesado provar a existência da culpa do agente ou do serviço.

Assim, conforme as lições de José dos Santos Carvalho Filho (2004, p. 454), para configurar-se essa modalidade de responsabilidade, bastam três pressupostos:

O primeiro deles é a ocorrência do *fato administrativo*, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (*culpa in eligendo*) ou pela má fiscalização de sua conduta (*culpa in vigilando*).

O segundo pressuposto é o *dano* (...). Não importa a natureza do dano: tanto é indenizável o dano patrimonial como o dano moral...

O último pressuposto é o *nexo causal* (...). Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre dolo ou culpa...”

O Estado responde, portanto, sempre que de seu funcionamento regular ou irregular decorrer prejuízo para o administrado, independentemente de se questionar sobre a existência de culpa do serviço, bastando o fato do serviço. Contudo, haverá exoneração total ou parcial se o órgão público demonstrar culpa exclusiva ou concorrente do lesado.

Após apresentar os pressupostos da responsabilidade objetiva do Estado, necessário salientar que o Estado, como pessoa jurídica que é, não pode causar dano ao administrado, o que não significa que lhe faltem vontade e ação no sentido jurídico empregado aos termos. Assim, para que o Estado possa manifestar-se é necessário que o faça através de prepostos, ou seja, através de pessoas físicas, que atuem na qualidade de agentes públicos.

Dessa forma, o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal estabelece, para fins de responsabilização estatal, que o agir da pessoa política ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público deve, necessariamente, ser realizado por agentes que se revistam desta qualidade.

Agentes públicos, como define Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 816), “são os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”.

Destarte, basta o desempenho de funções estatais para que se verifique a qualidade de agente público, abrangidas nesta categoria tanto as funções meramente administrativas quanto as políticas, da administração direta ou indireta.

3 RESPONSABILIDADE ESTATAL POR ATOS JURISDICIONAIS

Ao Poder Judiciário cumpre precipuamente o exercício da função jurisdicional a cargo do Estado. Cabe, então, conforme os ensinamentos de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1999, p. 129),

Dizer que a jurisdição é ao mesmo tempo **poder, função e atividade**. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que lhe compete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).

Diz-se que a atividade jurisdicional é secundária, pois substitui a vontade das partes, enquanto a atividade administrativa é primária, uma vez que é realizada pela Administração independentemente de provocação, e, em alguns casos, até sem a participação dos interessados. Como ensina Augusto do Amaral Dergint (1994, p. 92), “o juiz age ‘atuando a lei’, considerando-a em si mesma (como seu fim), enquanto o administrador age ‘em conformidade com a lei’, considerando-a como norma de sua própria conduta (como seu limite)”.

Embora a atividade jurisdicional esteja atribuída ao Poder Judiciário, nela não se exaure toda a função judicial, uma vez que há uma série de outras atividades por ele desenvolvidas.

Assim, a atividade exercida pelo Poder Judiciário compreende, pois, a atividade jurisdicional, como função básica e específica e a atividade não-jurisdicional, como função anômala, não específica, sendo ambas espécies do gênero atividade judicial.

Os atos não-jurisdicionais são aqueles de natureza administrativa, assim entendidos os atos de gestão do Poder Judiciário (nomeação de funcionários, concessão de licenças) e os atos ordinatórios do procedimento processual (despachos). São editados pelo juiz na forma de administrador do processo, equiparando-se aos atos dos outros agentes públicos, já que apenas dirige o processo e nada julga. A atividade do magistrado, ao emanar atos de natureza administrativa, é perfeitamente assimilável à de um agente administrativo, a quem se pede uma manifestação e não que se pronuncie sobre um litígio. Desse modo, tais atos possuem a mesma natureza jurídica daqueles praticados por agentes administrativos ordinários, devendo, pois, receber o mesmo tratamento dispensado aos atos administrativos próprios do Poder Executivo, inclusive em matéria de responsabilidade estatal por danos ocasionados por seus agentes.

Por outro lado, os atos jurisdicionais são atos nos quais as manifestações do magistrado implicam em decisões, com conteúdo deliberativo.

Em nosso entender, tanto os atos jurisdicionais quanto os não-jurisdicionais ensejam a responsabilidade civil do Estado, entretanto, quanto aos atos não-jurisdicionais, questionamento não há que ser suscitado, uma vez que estão equiparados aos atos

administrativos comuns, sob os quais não paira controvérsia alguma quanto à responsabilização do Estado.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (2001, p. 616) aduz que: “Quanto aos atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário se equiparam aos demais atos da Administração, e, se lesivos, empenham a responsabilidade objetiva da Fazenda Pública.”

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

No tocante à jurisdição voluntária, a doutrina majoritária rejeita a idéia de ser esta portadora de natureza jurisdicional. Defende, assim, que na jurisdição graciosa não estão presentes os atributos para a configuração de um ato jurisdicional, como a lide e a aplicação do direito material.

Para Candido Rangel Dinamarco (1991, p. 137), a jurisdição voluntária não passa de “administração pública de interesses privados”. Assim, a jurisdição voluntária não é considerada como verdadeira jurisdição, sendo uma atividade que se aproxima mais da atividade administrativa.

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

3.1 Base normativa da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais

Na legislação pátria, encontramos diversos dispositivos que recepcionam a responsabilidade estatal quando os atos advindos da atividade jurisdicional lesionam terceiros.

Inicialmente, é imperioso salientar que, como sempre alguma das partes no processo terá decisão desfavorável, tal ato não pode ser considerado lesivo, uma vez que o objetivo da jurisdição só é atingido quando encontrado o equilíbrio para a relação das partes, e a parte vencida na lide é sempre aquela que não deveria ser beneficiada pela decisão judicial, pois não era o legítimo detentor do direito.

O dispositivo de maior importância que embasa a responsabilidade objetiva ao Estado, sem que seja necessária a comprovação da culpa ou do dolo do agente público na realização de suas atribuições, é o já mencionado § 6º, do art. 37, da Carta Magna, o qual preconiza que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Com efeito, esse preceito impõe a responsabilidade objetiva ao Estado, sob a modalidade do risco administrativo, não havendo razão para excluir do âmbito de incidência do dispositivo os atos jurisdicionais eivados de vício ou erro.

O dispositivo utiliza o termo agente para designar todo aquele que presta serviço ao Estado. Assim, sendo o serviço judiciário um serviço público, cabe ao Estado ressarcir os danos advindos dos atos jurisdicionais emanados pelos magistrados, quantos estes forem lesivos a terceiros ou eivados de erro ou vício (dolo ou culpa do agente).

Desta maneira, o juiz, ao prestar a tutela jurisdicional, como age em nome do Estado, deve ser considerado um agente público. Portanto, se na prática de suas atividades causar dano ao administrado ou proferir atos viciados ou errôneos, o Estado ficará obrigado ao pagamento da reparação, sendo permitido ao ente estatal impetrar ação regressiva, nos casos em que o magistrado agir com dolo ou culpa.

Nesse sentido, esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 572): “quanto a não ser o juiz o funcionário público, o argumento não é aceitável no direito brasileiro, em que ele ocupa cargo público criado por lei e se enquadra no conceito legal desta categoria funcional.”

Augusto do Amaral Dergint (1994, p. 34), enfocando o tema, concluiu o seguinte:

A vontade e a ação do Estado, entidade abstrata, dotada de personalidade (e, pois, titular de direitos e obrigações), manifestam-se, necessariamente, mediante a atividade de seus agentes, cujos atos (ainda que irregulares ou viciados) são atos do próprio Estado, que por eles deve responder de modo direto e imediato.

A redação do artigo 43 do Código Civil Brasileiro detém o mesmo comando do mandamento constitucional acima analisado, pondo fim às divergências então existentes quanto ao disposto no artigo 15 do Código Civil de 1916, que não deixava claro a necessidade ou não da prova do elemento culpa para caracterizar a responsabilidade do Estado.

Outro dispositivo do corpo constitucional salvaguarda a reparação por ato jurisdicional que venha a causar dano, consagrando a responsabilidade do Estado por erro judiciário: o inciso LXXV, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, preleciona que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”

Observando a redação do art. 133 do Código de Processo Civil, tem-se que:

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

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

Art. 49. Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:

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

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

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

Como se observa, os dois dispositivos acima transcritos têm conteúdo semelhante, contemplando a responsabilidade pessoal do juiz por seus atos funcionais, incluídos aí os atos jurisdicionais.

Nosso sistema contempla o princípio da independência da magistratura no exercício de suas atribuições, já que, desta maneira, o magistrado sujeita-se somente à lei, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência, evitando, desta maneira, que o juiz seja alvo indiscriminado de demandas ressarcitórias, advindas de partes litigantes vencidas.

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

3.2 Argumentos a favor da irresponsabilidade estatal pela atividade judicial danosa

O desempenho da atividade jurisdicional não se reduz à prolação da sentença, abrangendo toda a atividade judiciária que para ela converge e a embasa. Portanto, os atos jurisdicionais devem ser encarados nos dois momentos de seu processamento, ou seja, durante o dinamismo processual e no instante em que se edita a sentença.

Assim, considerando que o serviço judiciário é um serviço público, todo e qualquer ato jurisdicional é potencialmente apto a deflagrar a responsabilidade estatal. Nesse sentido, adverte Edmir Netto de Araújo (1981, p. 84) que em matéria de responsabilidade do Estado, deve-se considerar “não só o ato jurisdicional em si, pontualmente, como também os momentos ou estágios processuais, como um encadeamento ininterrupto de atos tendentes à realização da prestação jurisdicional, anteriores ou posteriores à sentença”.

Durante muito tempo, predominou na doutrina brasileira a teoria da irresponsabilidade pelos atos dos juízes, através de teorias elaboradas para defender tal argumento. Apesar de a doutrina brasileira dominante defender a tese da responsabilidade, ela ainda está no plano puramente teórico, uma vez que não foi acolhida nem no âmbito da legislação, nem no do Poder Judiciário.

Dessa forma, neste tópico serão expostos e analisados os argumentos utilizados pelos defensores da irresponsabilidade estatal por atos jurisdicionais, bem como far-se-á a refutação destas idéias, demonstrando que o Estado responde por todos os seus atos, inclusive os jurisdicionais.

3.2.1 A soberania do Poder Judiciário

Tal teoria defende a tese da irresponsabilidade do Estado, pelo fato de ser, a função jurisdicional, uma manifestação da soberania estatal. Nesse sentido, o Poder Judiciário é colocado em uma posição *supra legem*, não se admitindo tanto a responsabilidade estatal quanto a pessoal do juiz, cuja legalidade dos atos seria sempre presumida. Sustentava-se, ainda, o argumento de que os magistrados exerciam sua função não como prepostos do Estado, mas como órgãos da soberania nacional.

Para refutar tal argumento, em primeiro lugar, cumpre observar que a soberania é um atributo da pessoa jurídica do Estado, de forma una, indivisível e inalienável, e não somente de um Poder determinado (Executivo, Legislativo e Judiciário). Assim, se o argumento da soberania fosse aceito em relação ao Poder Judiciário, o deveria ser para as demais funções, atingindo todos os atos que o Estado viesse a praticar, uma vez que o regime de responsabilidade estatal deve ser único.

Dessa forma, a soberania reside no Estado como um atributo à sua personalidade, e não em qualquer dos órgãos, aos quais compete exclusivamente o exercício da soberania dentro dos limites traçados pela Constituição.

Além disso, como a soberania legitima o poder-dever do Estado com o único escopo de beneficiar a coletividade, a atividade jurisdicional não pode ser considerada absoluta, uma vez que é margeada pela vontade popular, que se consubstancia neste ordenamento jurídico.

Ressalte-se ainda que a Carta Magna preleciona um Estado Democrático de Direito, e, observando deste prisma, não se pode conceber que um serviço público – a atividade jurisdicional – seja imune a qualquer controle ou responsabilidade.

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

3.2.2 *A incontestabilidade da coisa julgada*

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

Consideramos ser este o argumento mais forte que busca justificar a irresponsabilidade estatal decorrente dos atos judiciais, uma vez que a força da coisa julgada sempre foi um obstáculo à adoção da teoria da responsabilidade no tocante aos atos judiciais.

No entanto, antes de apontarmos os argumentos que afastam a tese da irresponsabilidade, cabe ressaltar que o instituto da coisa julgada tem o objetivo de manter a segurança jurídica, visualizada na estabilidade das decisões judiciais. Assim, se mutável fosse o *decisum*, os litígios seriam perpétuos, já que obtendo tutela jurisdicional diversa a seu interesse, a parte iniciaria nova demanda, até que tivesse seus anseios atendidos. Além disso, ressalte-se que a sentença deve ser portadora de uma presunção de veracidade e justiça, já que para promover a paz social faz-se necessário tal binômio.

Uma vez prestados tais esclarecimentos sobre a coisa julgada, imperioso que se refute a argumentação sobre a irresponsabilidade estatal que tem por base a *res iudicata*.

Inicialmente, cabe destacar que nem todos os atos são acobertados pela coisa julgada. Assim, da admissão da *res iudicata* como princípio limitador da regra geral da responsabilidade estatal, somente pode decorrer a imunidade dos atos jurisdicionais propriamente ditos (as sentenças e acórdãos que julguem a demanda em seu pedido) e não os demais atos judiciais (decisões nos procedimentos de jurisdição voluntária, preventivos e preparatórios, decisões interlocutórias, despachos, atos de execução), pois somente aos efeitos daqueles adere a qualidade de coisa julgada (Augusto do Amaral Dergint, 1994, p. 138).

Argumenta-se que a coisa julgada traz em seu bojo uma presunção de verdade, legalidade e justiça no que se refere a lide que não admite contestação. Nesse sentido, como observa Augusto do Amaral Dergint (1994, p. 135):

Contra a eventual injustiça das decisões judiciais, possuem as partes as vias recursais. O ato judicial decisório, quando não mais sujeito a recurso, torna-se definitivo, adquirindo a autoridade de coisa julgada. A decisão trântita em julgado, ainda que contendo erro de fato ou de direito, cria sua própria “verdade” e seu próprio direito (*res iudicata facit ius*). Por tal razão, pressuposta legítima, a decisão não pode ensejar a responsabilidade civil, que pressupõe dano gerado por ato contrário ao direito.

No entanto, estudando detalhadamente a questão, percebe-se que tal presunção é relativa, já que se admite prova contrária na ação rescisória (sentença cível) e na revisão criminal (sentença condenatória penal), onde, sendo o ato jurisdicional anulado e substituído por outro, a indenização é consequência lógica. Assim, pondera José Cretella Júnior (1999, p. 643) que: “... elevar a *res iudicata* à categoria de muralha sacrossanta, absolutamente impenetrável, é admitir a infalibilidade do julgamento humano, ou a intransigência obstinada e incompreensível, mesmo diante de erro manifesto”.

Quanto ao argumento de a coisa julgada resguardar os erros judiciários, também não subsiste razão, pois, quanto aos erros cíveis, é possível a ação rescisória no prazo de dois anos (art. 495, CPC), que se for procedente, anula todo o julgado. Nos erros penais é totalmente inaplicável, pois o processo penal não contempla a coisa soberanamente julgada, por prever, no artigo 622 do Código de Processo Penal que “revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após”.

Contudo, diferentemente do que leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro², entendemos que mesmo se prescrita a ação rescisória, subsistiria ainda a responsabilidade estatal pela indenização, uma vez que não se perfaz necessária a prévia rescisão da sentença para a apreciação da ação indenizatória. Ora, o fato de ser o Estado condenando a pagar indenização não implica em mudança na decisão judicial, já que a lide é diversa e autônoma, cuja pretensão ainda não se viu apreciada pelo Poder Judiciário. A decisão continua a valer para as partes, que continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece intangível.

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

3.2.3 A independência da magistratura

Esta teoria defende que, pelo fato de os juizes serem independentes no exercício da magistratura, não se pode responsabilizar o Estado com base em tais atos. Alega-se que o juiz perderia essa independência se tivesse preocupação com a possibilidade de suas decisões acarretarem a responsabilidade civil do Estado e a sua própria responsabilidade, em ação

regressiva. Deste modo, nunca julgariam os magistrados de maneira a gerar danos passíveis de indenização.

A Constituição Federal prevê uma série de garantias que resguardam a figura do magistrado da influência dos demais poderes. Deste modo, a independência está configurada em dois princípios: independência política e independência jurídica.

A independência política visa proteger o Poder Judiciário da interferência e influência dos demais Poderes, que se manifesta no autogoverno da magistratura, nas garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos de seus membros e na vedação de determinadas atividades que visam assegurar a imparcialidade do juiz. A idéia de independência política é totalmente indissociável da independência financeira, que por este motivo vem proclamada por nossa Carta Magna em seu artigo 99.

Por sua vez, a independência jurídica assegura a imparcialidade do magistrado quando no exercício de suas funções. Por esse princípio, garante-se que não haja subordinação hierárquica do magistrado no desempenho de suas atividades. O juiz, na formação de seu convencimento e para proferir suas decisões, deve sujeitar-se somente à lei.

Para o bom exercício de suas funções, é necessária a garantia de autonomia e independência do magistrado, como finalidade precípua da irresponsabilidade judicial. Assim, para bem desempenhar suas atribuições, deve-se assegurar ao juiz um grau de independência de pressões externas e internas.

Entretanto, a irresponsabilidade judicial não pode constituir uma penalidade à coletividade em troca da independência do magistrado. Não obstante seja indiscutível a

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. , n. , p. 715-723, nov. 1996.

necessidade de assegurar-se a independência do magistrado, a mesma não pode isentar o Estado de responder pelos erros decorrentes de sua atuação. Ainda que se aceitasse o argumento da independência da magistratura, ele somente serviria para isentar o juiz de responsabilidade pessoal, não impedindo a responsabilidade do Estado.

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

3.2.4 A falibilidade dos juízes

Por este argumento, defende-se que quem litiga em juízo corre os riscos inerentes à falibilidade humana, à qual o magistrado, como qualquer outra pessoa, está sujeito na apreciação dos fatos ou na aplicação do direito.

Como defende Augusto do Amaral Dergint (1994, p. 146/147),

Os juízes, realmente, como seres humanos que são, estão sujeitos a erros. Sua condição profissional evidentemente não os torna imunes a uma contingência comum a todos os mortais. Porém, não é por tal razão que se pode concluir, logicamente, pela irresponsabilidade por atos judiciais.

E conclui o autor, aduzindo que por esse raciocínio “os jurisdicionados estariam totalmente à mercê de decisões ilegais, injustas, venais, prevaricadoras, etc., protegidas sob o pálio da pretensa falibilidade contingencial dos juízes”.

Apesar de o direito brasileiro cercar a magistratura de garantias capazes de assegurar a independência do Poder Judiciário em benefício da Justiça, não pode concretizar-se a idéia de intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade do magistrado, não reconhecida nos demais

agentes públicos e que gera o efeito oposto de liberar o Estado de responsabilidade pelos danos injustos causados àqueles que procuram o Poder Judiciário precisamente para que seja feita a justiça (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 2005, p. 572).

3.2.5 Magistrados não são funcionários públicos

Esta tese defende que o juiz seria um agente político, incumbido de aplicar a lei e dizer a justiça, não se enquadrando na categoria de funcionário público. Desta feita, o Estado não poderia ser responsabilizado pelos danos decorrentes da atividade jurisdicional.

Muito se discutiu na doutrina sobre a natureza do cargo exercido pelo magistrado e sua qualificação administrativa, principalmente porque as Constituições anteriores atribuíam ao Estado a responsabilidade pelos atos dos seus “funcionários”.

Assim, classificado o juiz em categoria especial de servidor público, desapareceria um dos requisitos para a imputação da responsabilidade. A Carta de 1988, por sua vez, superou o impasse ao mencionar os ‘agentes’ das pessoas jurídicas de direito público, compreendendo todos aqueles que exercem legitimamente função estatal.

O termo “agente” empregado no artigo 37, § 6º da Constituição Federal tem sentido amplo, abrangendo todas as pessoas cuja vontade possa ser imputada ao Estado, estando juridicamente vinculadas a este ente.

Na lição de Hely Lopes Meirelles (2001, p. 608), agentes públicos são “todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”.

Assim, tem-se que o juiz é agente público porque desempenha atividade privativa do Estado, qual seja a jurisdição. Como preceituado na Constituição Federal, basta a condição de agente para que o Estado seja responsabilizado, condição esta preenchida pelo magistrado.

Além disso, pode-se considerar os magistrados como funcionários públicos, sujeitos a regime estatutário, tendo seu vínculo com o Estado regido pela LOMAN, ocupando cargos públicos preenchidos por concursos e remunerados pelo erário, não havendo dúvida de que são servidores públicos da espécie funcionários públicos.

Assim, não há como sustentar que o magistrado não seja agente que compromete o Estado. Sendo o juiz um funcionário público, deve ele ser submetido à regra do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, pois, se assim não o fosse, estar-se-ia cometendo uma grave ofensa ao princípio da isonomia entre os funcionários públicos.

Ratifica este entendimento Maria Helena Diniz (2005, p. 568) ao lecionar:

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

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

3.2.6 Ausência de texto legal expreso

Por esta teoria, defende-se que o Estado não responde pelos prejuízos causados a terceiros pelos magistrados, uma vez que não existe texto expreso autorizando a concessão

de indenização. Os adeptos desta teoria embasam-se na idéia emanada dos Tribunais Franceses no início do século XX, segundo a qual “não há responsabilidade sem texto”³.

Tal teoria, entretanto, não pode ser aceita uma vez que a responsabilidade estatal é um princípio inerente aos sistemas jurídicos, desde o advento do Estado de Direito, de modo que prescinde de texto legal estabelecendo-a.

Como aduziu Augusto do Amaral Dergint (1994, p. 154), “existindo textos legais dispendo sobre a responsabilidade do Estado em pontos particulares, o que deles se poderia extrair é um princípio geral de responsabilidade”. Assim, como concluiu o referido autor, se tais textos representassem uma exceção, aceitar-se-ia um princípio geral da irresponsabilidade do Estado, que também prescindiria de um texto expreso.

Não procede o argumento de que o Estado somente responde por atos judiciais nas hipóteses expressamente declaradas em lei. O princípio da responsabilidade estatal encontra-se consagrado, textualmente, em regra constitucional (art. 37, § 6º da Constituição Federal), aplicável aos atos danosos executivos, legislativos e judiciais. Não se pode dizer que exista uma lacuna no ordenamento jurídico. Mesmo se houvesse, ela não eximiria o juiz de julgar, devendo ele recorrer a analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

Assim, tal argumento não subsiste ante a regra exposta em nossa Constituição no art. 37, § 6º. Não há o que se falar de necessidade expressa, a cada caso, de previsão na legislação, pois a responsabilidade do Estado deflui da Constituição, como princípio geral de responsabilidade.

³ “Il n’y a pas de responsabilité sans texte”.

3.2.7 Teoria do risco do serviço público assumido pelos jurisdicionados

Por esta teoria, argumenta-se que como a atuação do Estado na tutela jurisdicional não ocorre espontaneamente, mas somente mediante provocação do jurisdicionado, os particulares devem assumir o risco do erro judiciário, suportando eventuais danos por ele gerados (Augusto do Amaral Dergint, 1994, p. 148).

No entanto, tal afirmação não deve ser aceita, uma vez que o serviço judiciário é imposto pelo Estado aos indivíduos, que não mais podendo fazer “justiça de mão própria”, procuram o Poder Judiciário para resolver os conflitos de seus interesses. Assim, os cidadãos recorrem ao serviço judiciário geralmente porque não lhe resta outra alternativa e, sem dúvida, este perderia sua razão de ser se o jurisdicionado devesse arcar com o risco de um provável erro judiciário.

Se em um dado momento da história o Estado avocou a administração da Justiça, assumiu o dever de mantê-la funcionando adequadamente. Dessa forma, seria inaceitável admitir a possibilidade de um serviço público inadequado, uma vez que cabe ao Estado zelar pelo bom funcionamento dos serviços a seu cargo.

3.3 Teoria da responsabilidade do Estado-juiz

Analisados e combatidos os argumentos daqueles que defendem a irresponsabilidade do Estado-juiz, expomos aqui os principais fundamentos que embasam e apóiam, ao menos no tocante à doutrina majoritária, a idéia segundo a qual seja a atividade judiciária danosa responsabilizada por seus atos, permitindo, inclusive, que seja o magistrado responsabilizado regressivamente, quando agir com culpa ou dolo.

Em primeiro lugar, a responsabilidade do Estado por atos judiciais funda-se na regra geral de responsabilidade, consagrada no art. 37, § 6º da Carta Constitucional, segundo a qual “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 terceiro, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Destarte, já que o constituinte não excepcionou a atividade judiciária desta regra, não há como o intérprete deixar de aplicá-la, alegando que apenas a atividade administrativa é englobada pelo dispositivo. Se assim o fosse, como mencionamos no tópico dos argumentos a favor da irresponsabilidade estatal, na modalidade de ausência de texto expresso, o legislador deveria ter excluído, literalmente, a abrangência do artigo em baila.

Além disso, o serviço judiciário é uma espécie de serviço público do Estado, e o magistrado, como operador deste serviço, é um agente público. Desta feita, preenchidos os requisitos impostos pela norma constitucional, não se pode deixar de reconhecer a responsabilidade estatal por danos decorrentes de atos judiciais.

4 DANOS DECORRENTES DA ATIVIDADE JUDICIÁRIA

Advindo dano da atividade estatal e existindo nexos de causalidade entre o prejuízo e a conduta do membro do Poder Judiciário, dá-se margem à responsabilização civil do Estado.

A atividade jurisdicional pode se configurar como danosa em diversos casos, dentre eles, são os mais freqüentes o erro judiciário, o dolo ou a fraude do magistrado, a denegação da justiça.

Entretanto, como já mencionado, não são todos os atos praticados pelos magistrados que os julgadores brasileiros consideram como passíveis de indenização por parte do Estado. Nesse sentido preceitua o Ministro Carlos Mário Velloso (*apud* Oreste Nestor de Souza Laspro, 2000, p. 95):

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o Estado não é civilmente responsável pelos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei: em tema criminal prevalece o art. 639 do Código de Processo Penal, que prevê responsabilidade civil que surge com a revisão criminal, que reconhece o referido erro. De outro lado, o juiz responderá, pessoalmente, por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude, ou quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte (Código de Processo Civil, art 133; Lei Complementar 35/79, art. 49).

Neste diapasão tratar-se-á, dos atos jurisdicionais danosos reconhecidos pela jurisprudência pátria, bem como da denegação de justiça, na qual se enquadra a morosidade na prestação jurisdicional.

4.1 Erro judiciário

Erro judiciário, conforme assevera José Cretella Júnior (1999, p. 655), é o equívoco da sentença judicial, tanto na esfera cível quanto na criminal, que podem conter

Error in procedendo e error in judicando, enganos de boa-fé do juiz no decorrer do julgamento, mas haverá casos em que o julgador, desempenhando anormalmente suas funções, viola os deveres inerentes ao cargo, decidindo com parcialidade, auferindo lucros, perseguindo, fazendo seu o processo.

A jurisprudência brasileira, ao considerar como passíveis de indenização por parte do Estado no exercício de suas atividades jurisdicionais somente os casos expressos em lei, quanto ao erro judiciário, englobou apenas as decisões penais definitivas, condenatórias, objeto de revisão criminal. Neste sentido, encontram-se as decisões:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37, § 6º. I. - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 429518 / SC - SANTA CATARINA. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 05/10/2004. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 28-10-2004 PP-00049 EMENT VOL-02170-04 PP-00707 RDDP n. 22, 2005, p. 142-145 RTJ VOL 00192-02 PP-00749

O ESTADO SÓ RESPONDE PELOS ERROS DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIARIO, NA HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 630 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FORA DISSO, DOMINA A NÃO RESPONSABILIDADE DO ESTADO. RECURSO NÃO CONHECIDO. RE 35500 / RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. ANTONIO VILLAS BOAS. Julgamento: 09/12/1958. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Publicação: EMENT VOL-00374 PP-00889 EMENT VOL-00374-02 PP-00889 RTJ VOL-00008-01 PP-00193

O direito brasileiro tratou expressamente do erro penal conforme se verifica no artigo 5º, LXXV da Constituição Federal e no artigo 630 do Código de Processo Penal. Este fato é explicado pelos doutrinadores na medida que o erro penal viola mais gravemente os direitos individuais, como a integridade, a honra e a moral da pessoa, sendo manifesta a responsabilidade do Estado.

Verificado, a qualquer tempo, o erro judiciário penal, mediante processo de revisão criminal, cumpre restabelecer o *status quo ante* à condenação em todas as dimensões

jurídicas nas quais tenha afetado o condenado. Mais do que isso, cumpre restabelecer a situação hipotética atual em que estaria o condenado, caso não houvesse sofrido o prejuízo injustamente imposto (Augusto do Amaral Dergint, 1994, p. 170/171).

Incontestável é a responsabilidade do Estado para com este erro penal de gravíssimas conseqüências. Por outro lado, é grande a divergência doutrinária quando o erro se dá na esfera civil.

No processo civil, tendo em vista sua natureza dispositiva, a intervenção do Estado é menos direta do que no processo penal. A iniciativa é voluntária do particular, e não da sociedade, cumprindo ao órgão judicial uma atuação menos ativa. Além disso, as questões cíveis envolvem interesses primordialmente patrimoniais, enquanto as questões criminais envolvem bens a que se atribui valor superior, como a vida, a liberdade e a honra.

Entretanto, não deve prevalecer a irresponsabilidade decorrente de erro judiciário civil. Como a jurisdição é una e ao Estado cumpre a prestação da tutela jurisdicional, já que não mais se admite a vingança privada, na ocorrência de um dano, derivado do exercício de tal função pelo órgão judicial, o Estado, que tira proveito da jurisdição civil, deverá repará-lo ao jurisdicionado lesado.

Destarte, o erro judiciário deve ser tido como um risco inerente ao próprio exercício da função jurisdicional, cabendo, pois, ao Estado, assumi-lo, reconhecendo-se devedor, todas as vezes que um ato judicial provocar dano injusto.

Neste sentido, defendendo a tese da responsabilidade estatal decorrente de erro judiciário civil, pondera Augusto do Amaral Dergint (1994, p. 183):

Tanto no processo civil quanto no penal, o Estado desempenha indistintamente (através do juiz, seu agente) a função jurisdicional. Ademais, o ato jurisdicional danoso pode derivar de culpa ou dolo do magistrado, não havendo como negar

indenização à vítima a cargo do Estado, que responde a título principal, de modo a garantir a vítima contra a eventual precariedade econômica do magistrado. Não se pode esquecer que o juiz age em nome do Estado – este tirando proveito da atividade daquele (e, portanto, respondendo pelos danos por ela ocasionalmente gerados).

A reparabilidade do erro judiciário civil é normalmente vinculada à prévia desconstituição da sentença lesiva mediante ação rescisória. Ressalte-se que o instituto da rescisão envolve apenas a sentença de mérito, os demais atos judiciais podem ser rescindidos como os atos jurídicos em geral.

Imperioso salientar que, decorrido o prazo da ação rescisória, como defendemos no tópico 2.3.2, deve-se admitir a possibilidade de responsabilização do Estado, ainda que mantida a sentença danosa definitivamente transitada em julgado. Como assinala Ada Pellegrini Grinover (1982, p. 11) “basta observar que a ação de responsabilidade não tem como objeto a desconstituição da sentença, que permanecerá válida e íntegra.”

A ação de responsabilidade civil não visa a infringir a sentença, pois seu fundamento está no erro do juiz, que causou dano ao jurisdicionado. Em consonância com as lições de Alfredo Buzaid (1978, p. 30) “estabelecer a necessidade de vencer ação rescisória, cassando o julgado, para só depois intentar a ação civil de responsabilidade significa criar um novo fundamento de ação rescisória que não figura no elenco da lei processual”.

Em consonância com esta corrente doutrinária, vislumbra-se uma tendência a adotar a responsabilidade tanto para os erros penais como civis, no entanto, com o devido respeito à corrente oposta, haja vista que há pormenores a serem considerados de acordo com cada caso concreto.

4.2 Dolo ou culpa do magistrado

A legislação brasileira também tratou de outros casos que envolvem a atividade jurisdicional, adotando, para estes, a teoria da responsabilidade subjetiva caracterizando a responsabilidade exclusiva e pessoal do agente público. Estes casos estão previstos no artigo 133, incisos I e II do Código de Processo Civil, in verbis:

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

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

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

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

O dolo e a fraude praticada pelos magistrados são puníveis expressamente no inciso I do artigo 133 do CPC – Código de Processo Civil, bem como no inciso I do art. 49 da LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

O dolo está aqui como elemento do ilícito absoluto, componente da conduta contrária ao dever genérico de não lesar. Age com dolo o Juiz, no exercício de sua função, quando pratica ato que sabe indevido e assim o fez com o fim de violar a lei e causar direta ou indiretamente dano à parte. Por sua vez, a fraude, a rigor, está incluída no conceito amplo de dolo, que compreende toda a forma de artifício capaz de induzir outrem a engano.

O artigo 133, II do CPC, prevê hipóteses de haver a responsabilização do juiz nos casos em que este recusa, omite ou retarda, sem justo motivo, providências que devia ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

A primeira das três modalidades, a recusa, se dá quando há negação expressa de providência judicial. A omissão significa a inércia de providência legal. Por fim, o retardamento, traduz a providência judicial tomada de forma tardia.

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.

Os casos expostos devem ser interpretados no âmbito do Estado-juiz e dos seus representantes, no caso, o juiz. A grande discussão jurisprudencial e doutrinária, entretanto, reside na possibilidade ou não de o jurisdicionado lesado pela recusa, omissão ou retardo nos atos que deveriam ter sido prestados pelo magistrado poder impetrar ação diretamente contra o Estado, ou se teria que acionar diretamente o juiz. Optamos pela hipótese que o jurisdicionado tem o direito de exercer ação contra o Estado, cabendo a este posteriormente o direito de regresso contra o juiz infrator.

4.3 Denegação de justiça

O monopólio da prestação da justiça trouxe para o Estado o dever de cumprir o encargo a contento, de modo a não violar o direito que prometeu proteger. Através da ação, o particular tem o poder de exigir a prestação da tutela jurisdicional e o juiz, desde que seja competente, tem o dever de se pronunciar. O silêncio judicial, da mesma forma que a inércia da Administração, deve ser sancionado quando ocorrido.

O legislador pátrio, entretanto, não tratou da denegação de justiça no âmbito da responsabilidade estatal, omitindo-se assim quanto a escusa do juiz ao alegar lacuna na lei e quanto a morosidade na prestação jurisdicional.

Toda omissão do juiz em bem desempenhar seu papel de direção do processo e, principalmente, em julgar (dever de que não pode se esquivar), e tudo dentro do lapso

temporal legalmente estabelecido ou de efetiva necessidade das partes, implica em não-prestação da tutela jurisdicional, isto é, em denegação de justiça.

Quanto à escusa de lacuna na lei, é notório que esta alegativa não possui qualquer fundamento jurídico, visto que a Lei de Introdução ao Código Civil em seu artigo 4º, bem como o Código de Processo Civil no seu artigo 126, dispõe sobre a impossibilidade do juiz deixar de decidir alegando lacuna na lei, discriminando soluções para quando a lei foi omissa.

Após o ajuizamento da ação não pode o magistrado se negar ao julgamento do pleito subjetivo sob alegação de lacuna na lei, deve recorrer, quando possível, à analogia, aos bons costumes e aos princípios gerais do direito.

Neste passo, havendo denegação de justiça alegando-se lacuna na lei caberá a responsabilidade do Estado, baseada na teoria da falta do serviço.

CONCLUSÃO

A responsabilidade da pessoa jurídica do Estado decorrente de atos praticados pela atividade jurisdicional, apesar das controvérsias apontadas neste trabalho, mormente no que tange à jurisprudência pátria, tem se mostrado uma realidade presente nos sistemas jurídicos contemporâneos, que, assim como o Brasil, adotaram o direito romano-germânico.

No Brasil, esta teoria já se encontra divulgada e fortemente defendida pela grande maioria da doutrina especializada. Entretanto, no que se refere à jurisprudência dos Tribunais pátrios, esta ainda se mostra bastante receosa em seguir os seus preceitos, haja vista o acentuado conservadorismo, dependendo de previsão legal para considerar o Estado como responsável pelos seus atos judiciais como ocorre atualmente com o dispositivo acerca do erro penal e da recusa, omissão e retardo por parte do magistrado.

Como foi exposto, a Constituição Federal de 1998, no §6º do seu artigo 37, adotou a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por danos – sejam estes advindos do Executivo, Legislativo ou Judiciário - causados aos particulares, ressalvando, todavia, o direito de regresso do Estado ao agente público causador do dano. Contudo, este dispositivo veio a ensejar um extenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de inclusão ou não da atividade jurisdicional prestada pelo Poder Público nesta norma constitucional.

Com efeito, a doutrina dividiu-se entre a teoria da irresponsabilidade e a da responsabilidade. Os defensores da primeira corrente usaram todos os argumentos inerentes a esta teoria para, sem sucesso, justificar a impossibilidade de se responsabilizar o Estado pelos danos ocasionados pela prestação da tutela jurisdicional. Por seu turno, a doutrina aderente da teoria da responsabilidade, majoritariamente entendeu que o Estado responde objetivamente pelos danos que deu causa; no entanto, ainda podem ser encontrados alguns adeptos da aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva.

Consoante se observa neste trabalho, a legislação pátria aderiu à responsabilidade objetiva do Estado, ressalvando, apenas, o direito de regresso ao agente causador do dano, quando este houver agido com culpa ou dolo.

Não se vislumbra, pois, a possibilidade de responsabilizar diretamente o agente público, assim como não há a possibilidade de escolha, por parte do jurisdicionado, em acionar o Estado ou o agente público, devendo, aquele, pleitear seu direito apenas contra o ente estatal, uma vez que este assumiu o risco de prestar esta atividade.

Apesar dos enormes problemas encontrados no Poder Judiciário brasileiro, como estrutura física precária, recursos financeiros escassos, reduzido número de juízes, dentre outros, ainda assim, prevalece a necessidade da responsabilização do Estado pela tutela jurisdicional danosa, posto que o defeito na sua atividade ultrapassa o limite do aceitável e do razoável, produzindo, infelizmente, o descrédito na justiça, que se desenvolve a cada dia.

Assim, seja pela realização de alterações no texto constitucional ou pela adoção da jurisprudência ao posicionamento encontrado da doutrina dominante, é preciso reconhecer a necessidade de se penalizar o Estado, não só pela atividade danosa firmada positivamente no

direito pátrio, como também pelos atos de denegação de justiça, a fim de se obter uma adequação da realidade à prática jurídica.

Dessa forma, combate-se a prerrogativa estatal e a arbitrariedade, atualizando a jurisprudência à doutrina pátria, sendo a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais um imprescindível passo na consecução deste fim.

REFERÊNCIAS

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

BUZAID, Alfredo. **Da responsabilidade do juiz**. Revista de Processo. São Paulo, n. 9, pp. 15-36, jan-mar/1978.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: RT, 1982.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 11 , p. 715-723, nov. 1996.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 6 ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A responsabilidade do juiz brasileiro**. In Estudos de direito processual em homenagem a Frederico Marques. São Paulo: Saraiva, 1982.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais**. São Paulo: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA, Juari C. **A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos – Teoria da Responsabilidade Unitária do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 1985.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14. ed. rev. atual . Sao Paulo: Malheiros, 1996.