



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

César Carneiro de Magalhães Borges

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: DEMORA NA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL

Brasília

2013

César Carneiro de Magalhães Borges

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: DEMORA NA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira

Banca Examinadora:

Professor Doutor Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
Orientador

Professor Doutor Othon Azevedo Lopes - Membro

Professor Mestre Lucas Rocha Furtado - Membro

Professor Mestre Mamede Said Maia Filho - Suplente

Brasília, 24 de julho de 2013

Aos meus pais, José Wilson e Maria Moreira, e à
minha irmã Natália pelo amor, carinho e devoção
fundamentais em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Aos meus melhores amigos que me ajudaram a cumprir uma longa jornada.

A toda a minha grande família que me deu suporte, abrigo e carinho por tornarem possível a conclusão do meu curso.

Ao professor Márcio Iorio que sempre me orientou com presteza.

À tia Cida, ao tio Vicente e à prima Camila.

Aos meus primos-irmãos: Fabiano, Daniel, Diego e Breno.

E por último, mas não menos importante, à minha priminha Raquel.

RESUMO

Esta monografia versa sobre a responsabilidade civil do Estado em virtude da demora na prestação jurisdicional. O serviço público judiciário é uma valiosa engrenagem do Estado Democrático de Direito e, cada vez mais, ganha importância enquanto instância efetivadora de direitos fundamentais. Nessa seara, a responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento do serviço público judiciário erige como um tema relevante. Para visualizar de maneira mais completa o cenário que circunda o tema foi feita uma abordagem histórica englobando a evolução das ideias na doutrina nacional e internacional, bem como uma análise de como as constituições avaliaram a situação do poder judiciário frente à responsabilidade civil do Estado. Com a exposição de argumentos doutrinários, a partir de uma abordagem histórica e da análise jurisprudencial e de pareceres, buscou-se argumentar em favor da possibilidade de o Estado ser responsabilizado pelo atraso e a má-prestação do serviço judiciário.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direito Administrativo; Responsabilidade do Estado; Atividade Judicial.

ABSTRACT

This monograph deals with the liability of the state because of the delay in adjudication. The public judicial service is a valuable gear inside the rule of Law and, increasingly gains importance as a mechanism that provides effectiveness to fundamental rights. In this area, the liability of the State by the malfunctioning of public justice erects as a relevant topic. To more fully visualize the scenery that surrounds the subject, this paper made a historical approach encompassing the evolution of ideas in the doctrine of national and international, as well as an analysis of how Brazilian Constitutional Law assessed the situation of the judiciary against the liability of the State. With the exposure of doctrinal arguments, from a historical and jurisprudential analysis and opinions, we sought to argue for the possibility that the State be held responsible for delays and bad service in the judiciary.

Keywords: Constitutional Law; Administrative Law; Civil liability; Judicial error.

Sumário

Introdução	8
1. Traçado histórico.....	11
1.1 Irresponsabilidade	11
1.2. Surgimento da Responsabilidade Civil do Estado	12
1.2.1 Responsabilidade Subjetiva e Responsabilidade Objetiva	12
1.2.2 Teorias Civilistas e Teorias Publicistas.....	13
1.2.3 Natureza dos Atos: Atos de Império e Atos de Gestão	13
1.2.4 Teoria da Representação	14
1.2.5 Teoria do Risco Administrativo	15
1.2.6 Teoria do Risco Integral	15
1.2.7 Teoria da culpa do serviço	16
1.2.8 A Igualdade dos Encargos ou Teoria do Dano Objetivo	16
2. Argumentos doutrinários em favor da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos jurisdicionais	18
2.1 Soberania do Poder Judiciário.....	18
2.2 Autoridade da coisa julgada e segurança jurídica	20
2.3 Falibilidade humana	21
2.4 Independência dos juízes.....	22
2.5 Ausência de texto legal expreso em contrário	23
3. Responsabilidade Civil do Estado no Brasil	25
4. A Responsabilidade Civil do Estado por falha no Judiciário	35
4.1 A Responsabilidade na Esfera Penal.....	35
4.2 A Responsabilidade do Estado no âmbito cível	38
5. A demora na prestação jurisdicional: análise de parecer e de caso	43
Considerações Finais.....	54
Bibliografia	56
Decisões judiciais analisadas	57

Introdução

Sob a égide de um Estado Democrático de Direito, o judiciário é compreendido como uma instância de efetivação de direitos fundamentais. Para que sejam respeitadas as garantias constitucionais, é esperado do Estado que este assuma uma postura firme no cumprimento de suas incumbências constitucionais e que também respeite a Constituição no que diz respeito às liberdades negativas e à separação de poderes. Isso compreende exercer com excelência as atividades de que detém monopólio, especialmente a atividade jurisdicional.

Quando se fala em excelência ao prestar a jurisdição, deve-se entendê-la como uma atividade universal, dotada de eficiência e efetividade. Dessa forma, o fator tempo assume um papel importantíssimo, haja vista que é complicado falar que o objetivo almejado pelo usuário ao recorrer à jurisdição (bem-da-vida) foi plenamente atingido quando a duração do processo se dilatou por período de tempo não razoável.

Há situações em que o tempo que se leva é muito extenso e não permite a fruição do bem, devido a vários fatores, entre eles a perecibilidade do bem ou a efemeridade da vida humana. O que o presente trabalho procura demonstrar é que enquanto detiver o monopólio da jurisdição, o Estado deve também ser responsável por eventuais danos sofridos pelo jurisdicionado devido a falhas do serviço público jurisdicional, aí incluída a demora em *dizer o direito*.

A responsabilidade civil do Estado pelos atos e omissões de seus agentes foi consagrada no parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição da República. Entretanto há, ainda, por parte dos tribunais, um reduto de irresponsabilidade quando se trata de responsabilidade por atos jurisdicionais. É objetivo deste trabalho rechaçar a hipótese da irresponsabilidade buscando demonstrar que na presente ordem jurídico-constitucional já não há espaço para a irresponsabilidade estatal quando se tratar de ato de jurisdição do juiz. Assentada em argumentos há muito ultrapassados, que remontam à teoria da total irresponsabilidade (*The king can do no wrong*) o entendimento sufragado pela jurisprudência brasileira será analisado em face da principiologia constitucional.

Os atos de juízes do poder judiciário é que serão objeto do trabalho. Melhor, será objeto uma espécie de omissão do juiz no que tange a parte de suas atribuições, qual seja, a de

demorar a dar decisões no curso de um processo. Tal esclarecimento se faz necessário haja vista que o poder legislativo também tem competência para executar atos de natureza jurisdicional e também porque o juiz muitas vezes atua em âmbito meramente administrativo.

O tema é muito relevante, todos somos afetados, ainda que indiretamente, pela demora no judiciário. Trata-se de uma afronta às garantias constitucionais e de um anacronismo, um desrespeito ao usuário da justiça. Quando da revisão constitucional em 1992-93, o tema foi abordado e o seu relator geral fez uma proposta para que a Constituição Federal fizesse menção expressa à responsabilidade civil do Estado quando se tratasse do Poder Judiciário. Também a matéria é assunto de algumas propostas legislativas em trâmite no Congresso.

A Justiça deve atender ao jurisdicionado, seguir os ditames da Constituição, especialmente no tocante ao *due process of law*, e às garantias individuais como a do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, a hipótese deste trabalho é de que tais ditames não devem se excluir mutuamente, e não podem ser escusas para que o serviço jurisdicional seja prestado de forma não adequada ou não completa. Quando se trata do serviço judiciário, há uma expectativa, por parte do administrado, de que a sua demanda tenha um julgamento num prazo razoável, célere e compatível com a urgência e a complexidade do caso. Se não há o atendimento a esses critérios, diz-se que ocorreu a demora do ato jurisdicional. Muitas vezes, da demora pode resultar prejuízo para o particular, tal fato geraria uma responsabilidade do Estado de indenizar ao particular pelos danos que este sofrera.

Para demonstrar o que se quer dizer com responsabilidade e até mesmo para compreender a dimensão que a questão tem no sistema jurídico e político é muito útil a lição de Miguel Reale que trata da relação entre soberania e responsabilidade que serão repassadas em seguida. A responsabilidade é inerente a própria soberania e a soberania, por sua vez, é essencial à existência do direito. Responsabilidade estatal está na consciência democrática do homem moderno. Para garantir a responsabilidade do poder é mister estabelecer que ele seja exercido por todos e em favor de todos por meio de poderes harmônicos e independentes. A declaração de direitos presente na Constituição da República também dá suporte à existência da responsabilidade.

Dentro da estrutura do Estado, o poder judiciário deveria ser o guardião desses direitos e não aquele que os vulnera duplamente, primeiro causando dano e depois se negando a reconhecer que o Estado é responsável pelo serviço jurisdicional inadequado. Por extensão: é possível dizer que reconhecer que houve uma falta na prestação de um serviço público é um

fato jurídico, cuja responsabilidade cabe ao poder judiciário. Apesar de, em algum aspecto, o juiz ser um agente político, esse argumento não deve ser utilizado para isentá-lo de responsabilidade. “É só mediante essa correlação e complementação de atos fiscalizadores que a democracia se dinamiza e a responsabilidade do poder deixa de ser aparente para converter-se em dimensão real dos valores de uma comunidade” (REALE, 1969).

Este trabalho será feito em duas fases principais, uma de revisão bibliográfica e outra de análise de jurisprudência. A revisão bibliográfica das obras mais importantes da área na doutrina brasileira é necessária para estabelecer o marco teórico e esclarecer alguns conceitos importantes para o entendimento adequado da matéria tratada. Já a análise da jurisprudência permitirá uma avaliação do problema tratado a partir do cenário presente nos tribunais pátrios. Eventualmente, haverá menção à jurisprudência internacional apesar de, dadas as especificidades do tema no cenário nacional, e também devido a uma escolha do autor, o trabalho não contará com um estudo aprofundado de direito comparado. Além dessas duas partes, serão feitos apontamentos sobre o parecer do relator geral da revisão constitucional que, como já foi dito, abordou o tema em discussão.

Por uma questão cronológica da evolução do tratamento dado ao tema e até para manter a honestidade científica do trabalho, os primeiros argumentos a serem apresentados dirão da teoria da irresponsabilidade estatal. Ao longo do trabalho discorrer-se-á acerca de alguns conceitos essenciais como o de poder, responsabilidade e também em que consiste, para os fins do presente trabalho, o ato jurisdicional.

Durante a revisão bibliográfica buscar-se-á concisão, com vistas a evitar que a prolixidade torne a leitura enfadonha. Já na parte de análise jurisprudencial, a intenção é fazer um estudo mais detido, examinando, inclusive, a posição de cada ministro que haja proferido voto nos casos paradigma.

O trabalho buscará demonstrar a possibilidade jurídica e a constitucionalidade da responsabilização do Estado pelo atraso e a má-prestação do serviço judiciário.

1. Traçado histórico

Este trabalho trata da responsabilidade civil extracontratual do Estado no que tange à demora na prestação da atividade jurisdicional pelo poder judiciário. Faz-se necessário à compreensão do assunto entender como evoluíram as ideias acerca do tema, principalmente no cenário do direito europeu continental, dada a sua influência no direito brasileiro.

A princípio havia a *irresponsabilidade total* do Estado. Depois da fase em que o ente estatal por nada respondia foi utilizada a *culpa subjetiva* para aferir a sua responsabilidade. Evoluiu-se para a *culpa anônima* e num momento posterior para a teoria da *responsabilidade objetiva*. (MONTEIRO FILHO, 2006, p. 41)

Interessa inicialmente expor qual era o cenário antes de existir a teoria da responsabilidade estatal e como se deu o surgimento dessa teoria. Em um segundo momento serão investigados quais os argumentos doutrinários defendem a irresponsabilidade estatal nas hipóteses em que o serviço judiciário falha, compreendidos aqui tanto o erro do juiz quanto a demora e outras deficiências no exercício da função jurisdicional.

1.1 Irresponsabilidade

Com o surgimento dos Estados modernos e a sua posterior separação da pessoa do soberano, a responsabilidade foi se estendendo ao ente estatal por força de princípios como o da isonomia e da solidariedade. O sentido da evolução tem sido do direito privado para o direito público. Afasta-se a culpa como cerne da responsabilidade com o aparecimento de várias teorias e abordagens sem resultar, no entanto, na superação completa das antecedentes mas numa convivência de múltiplos viéses da responsabilidade.

Antes que se falasse em responsabilidade civil do Estado, prevalecia o entendimento de que o ente estatal não era responsável pelos prejuízos que causasse, fossem eles provenientes de condutas omissivas ou comissivas, com a presença ou não de dolo ou culpa. Tal compreensão pode ser traduzida na máxima “*The king can do no wrong*” que remonta ao Estado absolutista e à determinação divina dos governantes (FURTADO, 2010, pp. 1034-1035). O Estado identificar-se-ia com a figura do monarca e este, enquanto representante de Deus no mundo, não poderia errar, ficando imune, assim, de eventuais responsabilizações.

A irresponsabilidade guarda relação com a soberania estatal: a ideia que prevalecia é a de que os súditos subordinavam-se ao governante de maneira completa (PIETRO, 2003, pp.

523-524). Somente em alguns Estados, desde que houvesse lei específica, admitia-se a responsabilidade estatal (MARINELA, 2011, p. 935).

1.2. Surgimento da Responsabilidade Civil do Estado

Themístocles Brandão Cavalcanti (1964) propõe um processo analítico para estudar as várias teorias que dizem respeito à responsabilidade estatal. O método consiste em analisar as diversas teorias e conceitos em vários conjuntos objetivando encontrar em que pontos tais dogmas se opõem e onde são complementares. Para alcançar parte das metas do presente capítulo tal estratégia é apropriada.

1.2.1 Responsabilidade Subjetiva e Responsabilidade Objetiva

De início, contrapõem-se as teorias subjetivas às teorias objetivas. Segundo Cavalcanti, muito do embate doutrinário gira em torno desse binômio formado pelas faltas pessoais, com culpa do preposto do Estado, e pelas *faute de service*. (1964, p. 371). As teorias subjetivas remontam ao Código Civil Francês de 1803 e têm como característica marcante a presença de culpa, seja do preposto do Estado, seja do serviço. Os defensores da teoria da responsabilidade subjetiva asseveram que seria impossível a responsabilidade na ausência do elemento moral da culpa.

De forma diversa se comportam as teorias objetivas que se distanciam do elemento culpa enquanto pressuposto para a responsabilização. Os objetivistas surgiram depois dos partidários das teorias subjetivas.

Para os objetivistas, ao apurar-se a responsabilidade leva-se em conta apenas a existência do dano e o nexo causal. Mesmo que se trate de um ato lícito, desde que o comportamento produza consequências economicamente danosas, há a responsabilidade (CAVALCANTI, 1964, p. 373). Frise-se que, diferente do que ocorre na responsabilidade subjetiva, é possível responsabilidade objetiva tratando-se de ato lícito (MARINELA, 2011, p. 938).

Depois de o direito francês estabelecer que, se a conduta de uma pessoa causasse dano a outra, o causador do dano seria obrigado a indenizar; evoluiu-se para admitir a responsabilidade objetiva, sem necessidade de se aferir o elemento subjetivo do agente

causador do prejuízo. A evolução não fez, entretanto, que uma teoria substituísse a outra, mas que coexistissem.

A teoria da culpa presumida insere-se nas teorias objetivas e importa na presunção da existência de culpa por parte do autor do dano (Estado) permitindo, entretanto, prova em contrário que exima a responsabilidade. Teve acolhimento no Brasil no que diz respeito aos acidentes ferroviários (CAVALCANTI, 1964, p. 375). Não deve ser confundida com a teoria do risco administrativo, que será objeto de análise posterior.

1.2.2 Teorias Civilistas e Teorias Publicistas

A responsabilidade civil do Estado está no âmbito do direito privado (civil) ou do direito público (administrativo)?

A resposta a essa pergunta pode resolver um problema central acerca do assunto, qual seja o de saber quais normas jurídicas aplicam-se para eventual responsabilização estatal. Como foi exposto, inicialmente as regras utilizadas eram as de direito privado, presentes, por exemplo, no artigo 15 do Código Civil de 1916. Atendendo às peculiaridades das relações jurídicas de que o Estado é parte, posteriormente mudaram para o espectro público. Para os partidários da responsabilidade civil do Estado, ela é regida, além das leis especiais, pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

A teoria da irresponsabilidade começa a ser superada com as teorias civilistas. Tem como marco temporal a aprovação do Código Civil de Napoleão que previa que os indivíduos que causassem dano teriam a obrigação de indenizar. O Código foi aprovado em 1803, entretanto, só com o emblemático caso Blanco, em 1873, é que fora reconhecida a responsabilidade civil do Estado francês (FURTADO, 2010, p. 1035).

1.2.3 Natureza dos Atos: Atos de Império e Atos de Gestão

Outro contraponto feito por Cavalcanti diz respeito à classificação dos atos entre atos de império e os atos de gestão. Os atos de império, também chamados de atos de governo, não sujeitariam o Estado à responsabilidade civil porque seriam manifestação da soberania estatal. Já os atos de gestão seriam passíveis de responsabilização. Resultaria de uma divisão na personalidade do Estado, o que, *data venia*, não faz sentido.

O ato de império guardaria relação com o Estado enquanto sujeito de direito internacional, e os atos de gestão diriam respeito aos atos da Administração Pública por exemplo, na conservação dos bens públicos. Como bem apontaram Di Pietro (2003, p. 523) e Cavalieri Filho (2010, pp. 238-239) tal diferenciação não merece prosperar já que a Administração Pública não possui personalidade jurídica. Apesar de ter sido criada essa diferenciação para mitigar a irresponsabilidade estatal (2003, p. 526), já não subsiste tal entendimento haja vista que ao particular que sofre o dano pouco importa a discussão técnica sobre a natureza do ato que o lesou. O que o cidadão quer é ter o seu patrimônio repostos. Enquanto parte do povo, não pode suportar ônus e prejuízos maiores que o do restante da população.

O Estado é soberano sim, mas não se pode deixar de ter em mente que o titular original da soberania é o povo. Usar da soberania para excusar o Estado de cumprir uma obrigação vai de encontro aos ideais de justiça social e de solidariedade estatal e também do direito à busca da felicidade. Ademais, a divisão dos atos estatais é contrária à concepção monista do Estado moderno (CAVALCANTI, 1964, p. 381).

1.2.4 Teoria da Representação

Segundo Cavalcanti (1964, p. 382) foi Rui Barbosa o principal defensor da teoria da representação no Brasil. Para Cavalcanti tal teoria desvirtua o sentido da responsabilidade civil do Estado. Consiste o argumento defendido pelo Águia de Haia em impor condições para que se possa responsabilizar o Estado, isentando-o quando: o empregado não atuar como representante do Estado; fugir às funções de representação; ou quando não tiver mandato para aquela atividade.

Excluir a responsabilidade do Estado quando o funcionário se excede não é, entretanto, razoável. Acabaria por prejudicar a relação do administrado com a Administração Pública. Não se pode exigir do cidadão que faça uma busca criteriosa acerca da regularidade do agente estatal que se apresenta como tal antes de cumprir uma ordem. Isso é contrário à fé pública e tornaria insustentáveis algumas interações entre o particular e o Estado.

O raciocínio acima exposto justifica-se mediante uma analogia ao que ocorre com o preposto da empresa particular e é chamada também de teoria do órgão (CAVALIERI FILHO, 2010, pp. 240-241). Para a responsabilização do Estado, no esteio da teoria da

representação, seria necessário cumulativamente demonstrar que o funcionário agiu com culpa (CAMARGO, 1999, p. 60).

1.2.5 Teoria do Risco Administrativo

A teoria do risco tem natureza objetiva, baseia-se na causalidade. “A relação entre o autor do ato e as suas consequências lesivas, estabelece desde logo a responsabilidade daquele que praticou o ato” (CAVALCANTI, 1964, p. 294). A Teoria do Risco Administrativo consiste numa adaptação do direito privado, mais especificamente do risco empresarial, à Administração Pública.

De acordo com a citada teoria, o Estado seria o responsável não só pela culpa dos funcionários, bem como pelo mau funcionamento do serviço estatal como um todo. É uma teoria completa, que admite indenização por atos praticados de forma regular pelo Estado, independentemente da demonstração de culpa.

Para a maioria da doutrina, é essa a Teoria adotada pelo Brasil atualmente. Sempre que o Estado impor ao cidadão um sacrifício, deve reparar o dano. (CAVALCANTI, 1964, p. 405 e FURTADO, 2010, pp. 1038-1043)

Assim a conceituou Cavalieri Filho:

A Administração Pública gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns (2010, pp. 242-243).

Adiante será demonstrado que a teoria do risco administrativo não corresponde à teoria do risco integral.

1.2.6 Teoria do Risco Integral

Esta teoria difere da teoria do risco administrativo por não admitir as hipóteses de mitigação de responsabilidade civil do Estado. Para Di Pietro (2003, p. 528) é uma forma de responsabilidade objetiva. Busca-se apenas o nexó causal entre o dano e o serviço público. O Estado seria um segurador universal, indenizando os danos que acontecessem dentro do seu território (JÚNIOR, 1996, p. 58 e CAMARGO, 1999, pp. 63-64). É uma espécie extremada

da teoria do risco administrativo cuja designação, não raro, é utilizada por alguns autores para significar a teoria do risco administrativo. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 244)

1.2.7 Teoria da culpa do serviço

A teoria da culpa do serviço está em algum ponto entre a culpa pessoal e a teoria do risco (CAVALCANTI, 1964, p. 407). Tem lugar porque nem sempre é possível identificar o elemento culpa com um funcionário. Em outras palavras, por conta das características presentes na dinâmica estatal, muitas vezes pode-se falar em *faute du service* sem, entretanto, determinar a pessoa física que deu causa ao prejuízo.

A teoria deve ser analisada tendo em vista as teorias objetiva e subjetiva: “porque a teoria da culpa do serviço ou da falta do serviço é uma solução que procura o meio-térmo entre as duas teorias extremas” (CAVALCANTI, 1964, p. 409). Assevera ainda que é uma teoria objetiva já que o mau funcionamento do serviço é mais importante que a culpa para caracterizar responsabilidade.

O Estado atua em benefício de todos e, fatalmente, ocorrerão os erros a que se refere esta teoria. O ente estatal age por meio de pessoas que, além da legalidade dos atos, devem observar um juízo de conveniência, que nem sempre convergem. Sobre a *faute du service* arremata Cavalcanti:

Sem um critério seguro, objetivo, tira-se à própria autoridade a flexibilidade de ação, a espontaneidade de procedimento, que redundam, tantas vezes, em benefício do serviço, não obstante os males e prejuízos que, eventualmente, e involuntariamente, possam produzir (1964, p. 411).

1.2.8 A Igualdade dos Encargos ou Teoria do Dano Objetivo

Esta teoria tem a ver com a justiça distributiva de Aristóteles:

Todos os cidadãos devem participar igualmente dos ônus dos serviços públicos, isto é, contribuir na medida de suas respectivas capacidades aos encargos de toda natureza, que eles impõem. (CAVALCANTI, 1964, p. 411)

O cenário jurídico-constitucional hodierno guarda semelhança com o princípio da solidariedade social. O Estado indenizaria o particular que sofrera com um dano maior do que

os outros cidadãos suportaram. Para equalizar a situação desse cidadão frente aos demais a Administração Pública age como um segurador geral, como já foi referido anteriormente. Cada contribuinte participaria da reparação de acordo com a sua capacidade fiscal. Luís Antonio de Camargo e Odoné Serrano Júnior chamam a esta teoria de Teoria do Dano Objetivo e afirma que Dergint e Duez também a defendiam como forma de mitigar o dano sofrido entre todos os contribuintes, de maneira a atingir maior justiça social. (CAMARGO, 1999, pp. 65-66 e JÚNIOR, 1996, pp. 60-62)

2. Argumentos doutrinários em favor da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos jurisdicionais

A partir das exposições anteriores ficou evidente que o Estado foi se afastando da irresponsabilidade com o avanço da história. Entretanto, em certas áreas de atuação, o Estado permanece irresponsável por seus atos. É o caso do poder judiciário em sua atuação jurisdicional. Apesar da evolução da matéria há ainda boa parte da doutrina que defende argumentos que afastariam o dever do Estado de indenizar quando causasse dano no exercício do monopólio de jurisdição (DIAS, 2004, p. 160).

Para os fins pretendidos neste trabalho, é necessário expor em que consistem os principais argumentos da doutrina da irresponsabilidade. Expor e analisar os pontos contrários ao que é hipótese deste trabalho permitirá uma abordagem cientificamente honesta e o aprofundamento do tema.

A função jurisdicional é uma atividade de natureza muito diversa das outras realizadas pelo Estado e Caio Mário da Silva Pereira afirma que é nessa área que a responsabilidade civil “tem que se defrontar com as maiores dificuldades” (DIAS, 2004). Muitas vezes o judiciário, que deveria socorrer e garantir os direitos do cidadão lesado, acaba por fazer o contrário, causa dano ao cidadão e, se prevalecem os argumentos a seguir expostos, o jurisdicionado restará abandonado e terá de arcar com o prejuízo do mau funcionamento do Estado.

2.1 Soberania do Poder Judiciário

A soberania do Poder Judiciário, segundo afirma a doutrina conservadora, é uma circunstância que coloca o Estado-juiz acima da lei. Por ocasião do julgamento do RE 11.609-9/AM, Moreira Alves afirma que desde que o julgador aja de boa fé, ainda que sua sentença cause dano ao jurisdicionado, ele não será passível de responsabilização civil por fazer parte do poder judiciário. O então ministro do Supremo Tribunal Federal faz menção à teoria da representação e afasta a sua incidência e assevera que o juiz é um dos órgãos da soberania estatal (1989). Na mesma linha está Diogenes Gasparini: “sentença não pode propiciar qualquer ressarcimento por eventuais danos que possa acarretar às partes ou a terceiros, dado que ato da essência da soberania” (DERGINT, 1994, p. 131).

O primeiro ponto a ser esclarecido acerca do atributo da soberania é que ela pertence ao Estado, e não a um “poder” específico. Em verdade, o poder do Estado é uno. O que existe

é uma divisão das funções a serem exercidas pelo Estado e não uma divisão de seus poderes. Carvalho Dias assevera que:

O argumento da *soberania do Poder Judiciário*, expressão envolta por atecnia, carece de base científica e se nos afigura desajeitada e injurídica desculpa gerada como escudo protetor do Estado, para colocá-lo a salvo das pretensões indenizatórias dos indivíduos, diante das crescentes anomalias verificadas no exercício da função jurisdicional, causadoras de prejuízos ao particular (2004, p. 163).

O povo é o titular original da soberania. Em nome e em favor do povo é que o Estado deve fazer respeitar a sua soberania frente aos entes internacionais. Não é possível se abrigar no princípio da soberania para agir de maneira irresponsável frente aos cidadãos. Tal comportamento vai de encontro aos ideais constitucionais e à própria função do Estado.

Outro sentido que se dá à soberania do poder judiciário é o que remonta à divisão dos poderes de Montesquieu. Disso decorre não uma divisão do poder estatal, mas antes a independência entre os órgãos executores das funções do Estado:

Soberano é o Estado em relação a cada uma das funções que o compõe, reciprocamente limitadas, diga-se, pelo sistema de freios e contrapesos, justamente concebido para evitar o predomínio de uma função sobre a outra e, portanto, limitar o poder uno do Estado em face do povo (o lesado pela atividade judiciária inadequada), este sim seu soberano. Os poderes, portanto, têm autonomia uns em face dos outros (e apenas dos outros e não em face do povo – titular originário da soberania estatal) e não soberania. (LOUREIRO FILHO, 2005)

A soberania que internamente deve ser respeitada é à soberania da constituição e do ordenamento jurídico brasileiro. O *rule of law*, enquanto manifestação da vontade do legislativo, traduz ao menos em tese as ânsias populares. Fazer valer as próprias leis e os princípios de sua constituição dentro do seu território é uma demonstração de soberania, valoriza o Estado enquanto ente internacional. Recusar-se a reparar um dano que causou não torna o poder judiciário independente e destoa do ideal constitucional de solidariedade.

Se os atos do poder judiciário forem entendidos como atos de soberania, portanto irresponsáveis, incorre-se num grave erro pois, a utilizar-se tal linha de pensamento, seríamos levados a crer que o judiciário é um super-poder a que não se aplica a disposição constitucional da responsabilidade do Estado, artigo 37, § 6º (SIQUEIRA, 2001, pp. 128-129).

A responsabilidade estatal, em especial do poder judiciário, deve ser entendida de maneira complementar à soberania Estatal. Responsabilizar o Estado-juiz é corolário da soberania popular dentro da lógica constitucional sistemática brasileira.

2.2 Autoridade da coisa julgada e segurança jurídica

A coisa julgada é informada pelo princípio da segurança jurídica, ou seja, busca-se por meio do instituto da coisa julgada garantir firmeza às relações jurídicas levadas a juízo, de maneira que o direito permita a estabilização das expectativas dos cidadãos.

Ainda que não tenha impacto direto na hipótese do presente trabalho, de acordo com Dergint (1994, p. 134) “a autoridade da coisa julgada é o mais forte dos argumentos que buscam justificar a irresponsabilidade do Estado-juiz”. Entretanto, segundo o mesmo autor, podem haver condições para que se concretize a responsabilidade sem, entretanto, isso resultar numa afronta à coisa julgada.

A coisa julgada, ainda que não seja a decisão mais justa ou correta, goza de privilégio no sistema legal e constitucional: a presunção de “verdade”. Ademais, o ordenamento prevê uma série de meios para que o problema levado à justiça seja esmiuçado, exposto e resolvido da maneira mais clara: incidentes processuais, exceções, ações autônomas, recursos, ações rescisórias ou revisionais. Tudo isso, quer dizer, todos os instrumentos colocados à disposição dos contendentes contribui para que a coisa posta em juízo, uma vez que ocorra o fato do trânsito em julgado soberano, tenha ainda mais força e autoridade.

Por estarem armados por todos esses instrumentos, diz-se que durante todas as fases do processo o participante do processo pode buscar a verdade. Para os teóricos que defendem a irresponsabilidade, essa característica, intrínseca ao *due process of law*, tornaria irrazoado impor ao Estado a obrigação de indenizar o particular que eventualmente sofresse dano. Especialmente depois de ocorrer o fato gerador de coisa julgada e de a decisão estar sob o manto da segurança jurídica.

Responsabilizar o Estado por causar um prejuízo não destrói o que já é protegido pela lei. Dentro do sistema jurídico-constitucional, é patente a importância da coisa julgada. O que se defende aqui não é a sua destruição.

A coisa julgada consiste em uma ficção jurídica que serve a um interesse público de estabilizar as relações entre os jurisdicionados. Não pode, portanto, servir a interesses do Estado ao arrepio do próprio interesse público. Resguardar a autoridade das decisões judiciais, utilizando-se da segurança jurídica e da coisa julgada, é diferente de utilizar esses dois atributos para afastar a responsabilização do Estado-juiz.

Exatamente porque uma sentença existe, porque ela viola um direito passível de indenização, porque ela é respeitada enquanto ato jurisdicional é que existe um dano. A responsabilidade é, por isso, consequência lógica da própria segurança jurídica. A imutabilidade da coisa julgada não é um princípio inexorável, como demonstram a revisão

criminal e a rescisão de sentenças civis. A responsabilidade prescinde da rescindibilidade da sentença ou da sua modificação. A razoabilidade deve balizar a relação entre a autoridade da coisa julgada e a verdade.

Sobre a relutância da doutrina em manter a irresponsabilidade estatal, diz CARVALHO DIAS

embora o argumento da autoridade da coisa julgada seja uma antiquilha jurídica, espécie de osso de megatério conservado por fossilizada doutrina, continua sendo a fortaleza medieval que resiste à tese da responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, ali firme e tradicionalmente entrincheirada a jurisprudência brasileira. (2004, p. 167)

2.3 Falibilidade humana

Apesar de estar presente na doutrina a afirmação de que o juiz não é funcionário público nem agente do Estado, (SIQUEIRA, 2001, p. 130 e DIAS, 2004, p. 168) essa não é a posição dominante. De qualquer forma, é comum encontrar o argumento de que os juízes estão sujeitos a errar, por conta de serem humanos, mortais.

Como bem acentuado por Siqueira, tal argumento não serve para afastar a responsabilidade do Estado:

magistrados, como todos os seres humanos, são falíveis, mas o seu erro, mesmo sendo contingencial, e desprovido de dolo, muitas vezes oriundos de uma análise falha dos fatos levados por um excesso de serviço, não pode ser revestido com o manto da irresponsabilidade, que geraria uma sociedade injusta, contrariando o princípio do artigo 3º da CF, até porque, segundo o artigo 41, ora em estudo, o Juiz, pessoalmente, só seria responsável em casos especiais. A responsabilidade patrimonial nesses casos seria do Estado (2001, p. 127).

Ainda para justificar a responsabilidade civil do Estado LOUREIRO FILHO invoca a teoria da *faute du service* e defende a culpa anônima (2005, p. 167).

Usar da falibilidade do ser humano como justificativa para excluir a responsabilidade, no limite, importaria em todos sermos irresponsáveis por nossos atos. É da natureza humana errar e isso o isenta de responder por seus atos. Ora, isso é um absurdo que não pode se harmonizar com o mundo jurídico.

O Estado é regido, entre outros, pelo princípio da impessoalidade. Entretanto, a máquina administrativa é formada por pessoas. São pessoas que ocupam cargos e realizam, de acordo com o preceituado em lei, as funções estatais. Trata-se de seres humanos passíveis de cometerem erros. Nem por isso a total irresponsabilidade do Estado ainda se sustenta como características nos países desenvolvidos como os Estados Unidos e a França.

Entende-se também que o juiz é um perito na aplicação da lei, assim como um médico é perito no quesito saúde humana. Ademais, no mundo jurídico há bem mais meios de se

corrigir um erro a tempo, o que não é possível, muitas vezes, quando se trata a vida humana. Quando ocorre um erro médico, é possível que anestesiastas, enfermeiros ou até um hospital sejam responsabilizados. Se o dano à pessoa decorreu da má prestação de serviço público de saúde, quem responde é a Administração Pública. Dada a importância da função jurisdicional, a norma deveria valer para o judiciário também. Relativamente à hipótese do trabalho, se é possível responsabilizar o Estado por omissão no atendimento de um paciente que precisa de socorro, não há porque excluir a possibilidade de o Estado indenizar quando a jurisdição é prestada com atraso. (LOUREIRO FILHO, 2005, p. 122)

A teoria do risco é aduzida por alguns para manter irresponsabilidade estatal: ao intentar uma ação, o jurisdicionado assume o risco de eventuais erros por parte do Estado-juiz: falível excelência. Trata-se, no entanto, de um argumento fraco. A partir de uma interpretação sistemática, o entendimento que deve prevalecer é o de que a teoria do risco serve para que o cidadão não reste desamparado (disso é exemplo o artigo 21, inciso XXIII, alínea d, da Constituição).

Ainda que se sustente que a teoria do risco integral não tem lugar no Brasil, resta um forte argumento: não é o jurisdicionado quem cria o risco de ser prejudicado por um serviço mal prestado pelo judiciário e sim o Estado ao não fiscalizar e punir os seus agentes de maneira eficiente. (DERGINT, 1994, pp. 146-148) Desse modo, o jurisdicionado não poderia se tornar responsável pelas consequências de um risco que ele não contribuiu para criar.

As consequências fáticas dessa crença na irresponsabilidade do judiciário, alimentada e sustentada pelos próprios juízes, tende a resultados cada vez mais desastrosos. Por não serem responsabilizados de forma nenhuma, os juízes não tem por que se preocupar em evitar danos aos jurisdicionados. Jurisdicionados que financiam o sistema de justiça que a eles é imposto e a quem são devidos serviços de qualidade, adequados e eficientes.

2.4 Independência dos juízes

O argumento da independência dos juízes consiste na ideia de que uma eventual responsabilidade civil do juiz diminuiria a sua liberdade de decidir segundo a sua convicção. Tal comportamento derivaria do temor do juiz de ser processado por um contenedor lesado e insatisfeito com o resultado da sua disputa judicial.

O tema que é tratado no presente trabalho, pelo menos de início, é a responsabilidade civil do Estado-juiz, não a do magistrado. Desta feita, o argumento da independência dos juízes não implica diretamente na hipótese. Por conta da escolha feita pelo trabalho em

analisar analiticamente os argumentos favoráveis e contrários à hipótese do trabalho, continuará na avaliação do ponto em questão.

A responsabilidade confere ao magistrado, ao Estado, que responde diretamente, e ao jurisdicionado mais segurança. A responsabilidade do Estado serve, desta forma, como garantia à liberdade de espírito do juiz e protege o jurisdicionado de escolhas arbitrárias por parte do estado-juiz. (DIAS, 2004, p. 170)

Ademais, a liberdade de que goza o juiz é uma liberdade jurídica, ou seja, ele não se subordina a outro juiz, a um órgão colegiado ou a outro poder. Deve julgar segundo a sua consciência e o ordenamento jurídico-constitucional, ressalvado aqui o poder da súmula vinculante que obriga a todo o Estado, incluindo o poder judiciário.

O ordenamento jurídico deve ter uma compreensão sistemática, sempre alumado pela constituição. Assim, há várias garantias que um juiz tem para que seja independente ao julgar: inamovibilidade, irredutibilidade de subsídio e vitaliciedade. Além disso, há a previsão constitucional de autogoverno da justiça no que se refere às atividades normativas, de autorregulação e também financeira. Importante dizer que também a responsabilidade do Estado perante os particulares relativa aos atos praticados pelos seus agentes tem a função de aumentar a autonomia do juiz. Todo o sistema processual tem como característica o livre convencimento do magistrado que, assim como outros agentes da Administração Pública, deve agir com imparcialidade e impessoalidade. A responsabilização do Estado só vem confirmar tais princípios, servem a eles e não se quis, ao introduzi-los no ordenamento, corroborar a teoria da irresponsabilidade.

2.5 Ausência de texto legal expresso em contrário

Por último, os teóricos que defendem a irresponsabilidade invocam a ausência de texto legal expresso prevendo a responsabilidade do judiciário como argumento para o Estado se isentar de indenizar ao particular.

A tese acima esposada pelos conservadores não resiste, entretanto, nem a uma análise quase que superficial do nosso sistema jurídico. A prevalecer esse raciocínio, um juiz não poderia aplicar o direito a não ser que houvesse norma expressa que tratasse do assunto. É óbvio que o sistema jurídico não pode subsistir de tal modo. As complexidades derivadas do mundo da vida não podem ser abarcadas pelo ordenamento legislativo de forma a não deixar celeuma a ser preenchido pelas técnicas de hermenêutica e outras formas de solucionar lacunas na lei.

Para refutar tais argumentos Dergint (1994) diz haver no nosso ordenamento um “princípio geral da responsabilidade” e aponta na corrente conservadora uma máxima que lembra aquela do direito penal “não há pena sem lei que a preveja” travestida pelos conservadores em “não há responsabilidade a não ser que a lei a preveja”. Ora, a analogia feita é absurda. O Estado deve atuar como garantidor e promovedor dos direitos humanos individuais do particular. Não pode ele utilizar-se de um argumento pensado para proteger o homem do Leviatã.

A hermenêutica e os princípios gerais de direito servem para preencher os aparentes vazios que a lei não contempla de maneira explícita, até mesmo porque um juiz não pode deixar de decidir uma controvérsia posta em juízo sob o argumento de não haver uma lei que se encaixe exatamente ao caso. Dergint (1994, p. 156) assevera que “O entendimento jurisprudencial, segundo o qual o Estado não pode ser condenado na ausência de texto expresso, implica, pois, em uma denegação de justiça (em sentido amplo)”.

Como restou explicitado, apesar da opinião de vários autores em defesa da irresponsabilidade do Estado-juiz (CHIRONI, 1903; MEIRELLES, 1989 e LESSA, 1915), outros tantos defendem que a teoria da irresponsabilidade estatal carece de fundamentos científicos e jurídicos sólidos e que não se coaduna com o projeto de sociedade e de Estado buscados pelo constituinte de 1988 (LOUREIRO FILHO: 2005; SIQUEIRA: 2001 e DERGINT: 1994).

3. Responsabilidade Civil do Estado no Brasil

O capítulo antecedente tratou das teorias da responsabilidade civil do Estado e dos argumentos doutrinários a favor da irresponsabilidade estatal em relação aos atos jurisdicionais. No presente capítulo, será tratada a evolução da ideia da responsabilidade civil do Estado no Brasil.

É certo que o direito brasileiro não está blindado às influências externas, pelo contrário, muito do que se discute em sede doutrinária vem do direito europeu continental. No entanto, o foco deste capítulo será mais o de entender como as leis e constituições evoluíram no cenário nacional, bem como entender o que a jurisprudência interpretava e como eram aplicadas as normas de outros momentos históricos.

Ainda que seja unânime na doutrina pátria a ideia de que o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro venha se afastando da irresponsabilidade para uma responsabilidade do Estado, há posições diversas acerca do momento e das circunstâncias exatas em que ela surgiu no direito pátrio.

Já na Constituição Imperial de 1824, há menção à responsabilidade dos funcionários estatais que não cumprissem ou abusassem da função (STOCO, 2011, p. 1122). Ainda que ao Estado não fosse imputada a falta, mas aos seus agentes, a norma do artigo 179, inciso XXIX está no título correspondente aos direitos políticos do cidadão e deve ser entendida como uma garantia do particular, um direito contra o Estado. (D'ANDREA, 2012)

A maioria dos autores afirma que o Brasil republicano não reconheceu a irresponsabilidade estatal. Em sentido contrário posiciona-se Carvalho Dias (2004, pp. 40-41) que afirma que o artigo 82 da Constituição Imperial de 1824 não tivera redação substancialmente alterada quando da edição da Constituição Republicana de 1891, mantendo a considerada retrógrada irresponsabilidade do Estado. A Constituição de 1891, em seu artigo 79, nada mais fez que repetir os princípios existentes no citado artigo da Constituição Imperial. (STOCO, 2011, p. 1122)

Uma série de leis e decretos que foram aprovadas desde o Império dá suporte à afirmação dos demais autores. De fato, para suprir as omissões presentes no ordenamento constitucional, surgiram leis que previam que o Estado reparasse danos causados ao cidadão em serviços como correios, aduana, telégrafos e estradas de ferro (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 184). Criou-se em 1873 o Tribunal de Conflitos que significou um avanço para o

reconhecimento da responsabilidade estatal, mas para casos isolados somente. (MARINELA, 2011, p. 935)

Em 1890 o artigo 61 do Decreto 451-B estabeleceu que o Estado seria responsável quando o cidadão fosse lesado por erro no registro ou na inscrição de direitos reais sobre imóveis. No mesmo ano o Código Penal instituído pelo Decreto 847 fixou que o Estado deve indenizar quando o erro judiciário for reconhecido por sentença de reabilitação. (STOCO, 2011, p. 1122)

Em 1894 foi publicada a Lei 221 prevendo a competência dos juízes federais para processar e julgar as causas que tivessem por objeto dano causado por decisões emanadas das autoridades administrativas da União. Salazar afirma que o artigo 13 da citada lei foi o primeiro dispositivo legal a dar base à responsabilidade civil do Estado (CRETILLA JÚNIOR J. C., 1998, p. 184 e CAHALI, 2007, p. 30).

O artigo 15 do Código Civil de 1916 tratou especificamente da responsabilidade civil do Estado, prevendo que:

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.

Há que se destacar que a culpa civil a que se refere o citado artigo quer dizer que far-se-ia necessária a demonstração de culpa do funcionário para a responsabilização do Estado, caracterizada se os funcionários agissem contra as normas estabelecidas pela lei. Também deve ser notada aqui uma concepção diferente que se tem da Administração Pública, já separada da figura do soberano, identificação que prevaleceu em outra época.

Ficou consagrada a teoria da responsabilidade civil subjetiva do Estado (PIETRO, 2003, p. 526). No entanto, devido à forma dúbia como foi redigido o artigo 15 do Código Civil de 1916, alguns juristas brasileiros como Rui Barbosa, Pedro Lessa e Orozimbo Nonato já defendiam a responsabilidade objetiva, ainda que não houvesse disposição legal que a estabelecesse de forma clara. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 244)

A presença de tal dispositivo no Código Civil foi criticada por Themístocles Cavalcanti. O autor usou desse dispositivo para refutar a aplicação da teoria do risco nos casos de responsabilidade civil do Estado e sustentou que a adoção da teoria do risco de

maneira inadvertida pelo legislador poderia levar a injustiças. Entretanto, na linha do que já pensavam a jurisprudência e a doutrina em 1964, asseverou que a responsabilidade subjetiva representava já um atraso. Uma mudança legislativa que levasse a adotar uma teoria diversa deveria, sob pena de permitir um enriquecimento indevido, ser temperada e examinada cuidadosamente pelos juízes. (CAVALCANTI, 1964, pp. 444-445)

Nas Constituições de 1934 e 1937, seguindo a linha do que já fora previsto em legislação infraconstitucional e aceito pela jurisprudência relativamente a alguns serviços públicos, o princípio adotado foi o da responsabilidade solidária entre Estado e funcionário que agisse com negligência, omissão ou abuso no exercício de cargo (PIETRO, 2003, pp. 528-529). Era prevista, inclusive, a citação do funcionário responsável pelo dano, em face de quem a Fazenda Pública promoveria execução subsidiária quando finda a execução do particular lesado contra o Estado.

O artigo 194 da Constituição de 1946 tratou da responsabilidade civil de maneira diferente do que era trazido até então. Até a Carta de 1937 a responsabilidade era subjetiva: buscava-se indentificar a conduta culposa do funcionário público para caracterizar a responsabilidade solidária do Estado. No *caput* do artigo 194 já não é encontrada referência a figuras culposas: lá só aparece o dano. O parágrafo único é que trata de culpa do funcionário e o faz para estabelecer a responsabilidade deste perante a Administração. O que aconteceu foi uma substituição da solidariedade da obrigação de indenizar pela responsabilidade do funcionário em ação regressiva que deveria ser movida pela Administração contra o funcionário responsável pelo dano.

Outro ponto a ser destacado é quanto ao litisconsórcio passivo das ações que visavam à responsabilidade. Na Constituição de 1934, o litisconsórcio era obrigatório e, na de 1937, era facultativo. Já a Constituição de 1946 não fala em litisconsórcio e a responsabilidade do Estado dá-se simplesmente pela existência de dano e nexos causal. A possibilidade de ação regressiva, na Carta de 1946, está adstrita aos preceitos do parágrafo único, é dizer, à existência de culpa por parte do funcionário público. Entretanto, não ficou imposto nem proibido o litisconsórcio passivo quando da propositura da ação. Para Pontes de Miranda, a questão do litisconsórcio poderia ser regulada por lei ordinária uma vez que o artigo 194 não excluía legislação a esse respeito (MIRANDA, 1953, p. 263). No melhor entendimento, restou permitido que se acionassem tanto o Estado quanto a pessoa responsável pelo dano. Haveria conexão de causas e por consequência o litisconsórcio facultativo. Entender que fora

excluída a possibilidade de citar o funcionário representaria retroceder na ampliação dos direitos do particular.

Entende-se que o artigo 194 resolveu aumentar a possibilidade de ver o cidadão ressarcido de seu dano devendo ser interpretado sob a ótica da evolução da responsabilidade civil do Estado. Significou a ampliação de um direito subjetivo pela adoção de uma nova abordagem do problema da responsabilidade do Estado.

Quanto aos funcionários públicos, no que diz respeito ao dispositivo ora analisado, o conceito de que trata o parágrafo único é bem mais largo do que o utilizado em outros pontos da Constituição de 1946. Quer-se dizer, com isso, que é um critério objetivo o que guia a hermenêutica do artigo 194. Não importa saber se é um funcionário público que foi investido no cargo regularmente. É necessário somente a apuração do dano para que o Estado seja responsável. Se a pessoa física prestava serviço ao Estado e gozava desse *status* de funcionário público, os requisitos estarão preenchidos.

Supondo que a Administração fizesse uma contratação fora do que prevê a lei e a Constituição, isso não poderia servir de escudo para que não fosse responsabilizado o ente estatal. Seria premiar o Estado ao prejudicar o cidadão por um erro que ele, por meio de uma falta de um ou mais agentes, cometesse. Um ato nulo anterior (contratação irregular) não pode ser usado para deixar que o Estado fuja à obrigação de indenizar.

A partir da interpretação dos dispositivos presentes no *caput* do art. 194 e no seu parágrafo único, tem-se que o texto constitucional de 1946 adotou a responsabilidade objetiva do Estado. Dentro do texto normativo, os parágrafos servem para excepcionar, explicar ou estender o que está previsto na cabeça do artigo. A partir disso, as figuras culposas dispostas no parágrafo único não devem ser mais interpretadas como pressuposto para responsabilizar o Estado, mas como uma condição especial para que os funcionários sejam pessoalmente responsabilizados. A responsabilidade solidária só ocorreria se houvesse culpa comprovada em ação regressiva contra o funcionário.

A teoria da responsabilidade civil do Estado passou por vicissitudes que foram tratadas no primeiro capítulo deste trabalho. A tendência de caminhar da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva do Estado evidenciou-se em 1946. Trata-se de uma grande e importante mudança no tratamento da matéria (FALCÃO, 1957).

Importante destacar que já naquela época havia uma preocupação quanto à independência dos juízes, para julgar segundo os preceitos da Constituição Federal ainda que isso significasse julgar contra a União Federal. Era preciso que houvesse coragem para fazê-lo e também garantias de que essas decisões não prejudicassem o magistrado em sua carreira.

Outra discussão importante diz respeito ao fato de ter havido a recepção constitucional do já citado artigo 15 do Código Civil de 1916 em virtude do artigo 194 da Constituição de 1946. Apesar de a Constituição ter dado um tratamento mais extenso e de ter ampliado os direitos do cidadão, a norma presente no artigo 15 foi recepcionada. O Código Civil adotava, segundo entendimento majoritário, a responsabilidade subjetiva do Estado, enquanto que, de acordo com o artigo 194, prescindia-se de culpa para responsabilizar o Estado.

Mesmo antes da Constituição de 1946 e antes até mesmo do Código Civil de 1916 já existia a ideia de que a responsabilidade civil do Estado deveria ser tratada à luz do direito público e que deveria ser determinante a causalidade ao invés da culpabilidade (FALCÃO, 1957, p. 84).

Em 1946, a doutrina e a jurisprudência dominantes já entendiam que a Administração seria responsável por danos por ela causados, independentemente de se tratarem de atos de *jure imperii* ou *jure gestionis*. A má condição do serviço público ou um defeito na sua realização que causara dano já importaria responsabilidade do Estado desde que o particular não tivesse culpa exclusiva. O ato do funcionário público deveria ser compreendido como ato do próprio Estado e a dívida a ser apurada de acordo com o dano causado era deste e não da pessoa física.

A Administração, para os efeitos de responsabilidade civil, compreende tanto a Administração direta quanto a indireta. Os funcionários de autarquias e de empresas estatais que causassem danos importariam na obrigação do Estado em indenizar.

A Constituição de 1946 resgatou o princípio da regressividade para a responsabilidade civil. Retornou ao que já havia sido previsto pelo artigo 15 do Código Civil de 1916. A situação pode ser assim resumida: “Se houve culpa do causador do dano, responde o Estado, e há ação regressiva. Se não houve culpa do causador do dano, responde o Estado, sem haver ação regressiva” (MIRANDA, 1953, p. 264).

Na linha do que propõe o presente trabalho, já se discutia também sobre a responsabilidade civil do Estado por pronunciamentos jurisdicionais e também a

responsabilidade pelos atos legislativos inconstitucionais. No tocante a atos legislativos, a opinião que prevalece é a de que enquanto atos políticos e expressões da soberania do Estado, estes não gerariam responsabilidade a não ser que atingissem uma situação jurídica protegida por garantia individual. Também era necessário o reconhecimento da sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal por vulneração a direito fundamental (FALCÃO, 1957, p. 86).

Quanto aos atos judiciais, em 1946, o Supremo já reconhecia que, desde que não tivessem força de sentença, seriam passíveis de responsabilização. Quanto aos atos jurisdicionais propriamente ditos, que são o foco deste trabalho, não poderiam gerar indenização pecuniária. Entretanto, em 1943 o Supremo decidiu que a lei ordinária poderia abrir exceção à regra, como faz o artigo 630 do Código de Processo Penal (FALCÃO, 1957).

O artigo 105 da Constituição Federal de 1967 que trata de responsabilidade civil do Estado. À Constituição sobreveio a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 que trouxe modificações significativas em muitos pontos do ordenamento constitucional, a ponto de ser chamada de uma nova constituição. Entretanto, para o que importa nesse trabalho, as mudanças não afetaram a forma de tratamento da responsabilidade civil do Estado. Assim, para tornar o entendimento mais simples, o artigo tratado nesta parte será o 105 da Constituição de 1967 que corresponde ao artigo 107 na redação pós-emenda. Também, quando se falar em Constituição de 1967, estarão nela compreendidas as redações pós-emenda.

A teoria adotada pela Constituição de 1967 foi a teoria do risco administrativo, que já foi tratada no primeiro capítulo. A responsabilidade objetiva continuou reconhecida mesmo em um regime autoritário. Aliás, desde que fora entronizada no artigo 194 da Constituição de 1946, a responsabilidade objetiva persistiu no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. A responsabilidade não se dava com base na teoria do risco integral, mas de maneira temperada já que a *faute de service* poderia ser mitigada pela culpa do particular (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 246).

Apesar de a teoria do risco administrativo já ter sido adotada quando da Constituição de 1946, houve uma mudança na redação do artigo que cuidava de responsabilidade civil do Estado. A Constituição de 1967 veio tratar com muito mais veemência a questão ao afirmar que:

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 **dolo** ou culpa (grifo meu)

Ainda que pareça sutil, a diferença é notável. A redação de 1967 tornou o dispositivo constitucional mais imperativo ao usar *responderão* ao invés de “*são civilmente responsáveis*”. No parágrafo único, surgiu a figura do *dolo* que, ao lado da culpa, também foi listado para que fosse possível a ação regressiva do Estado contra o funcionário que assim agisse.

Ainda que se considere que o dolo é compreendido pela culpa em sentido lato, a adição das ações dolosas como autorizadas de ação regressiva não deve ser desconsiderada. O constituinte quis ampliar as possibilidades de ser exercido o direito de regresso, de maneira que tanto uma conduta culposa quanto uma dolosa resultaria na possibilidade de ação de regresso.

Também foi excluída a expressão *interno* implicando na inclusão das pessoas de direito público externo no rol das responsabilizadas pelo artigo 105 (JÚNIOR J. C., 1998, p. 191 e MIRANDA, 1967, p. 520). Não existia a extraterritorialidade de maneira que o dano deveria ser ao Brasil ou a bem ou pessoa que se encontravam no Brasil, regidos pela lei brasileira.

Apesar de o artigo 105 não o prever expressamente, o entendimento que prevaleceu é o de que o funcionário causador do dano poderia ser citado pelo autor ou que a Administração pudesse fazer citá-lo. A regressividade continuou substituindo a solidariedade, reafirmando que a responsabilidade por indenizar é do Estado e não do funcionário. O agente estatal só seria acionado nas hipóteses em que houvesse praticado a conduta lesiva com culpa ou dolo. Essa culpa do prestador de serviço público é apurada em um segundo momento, qual seja o da proposição da ação regressiva e é totalmente separada da *faute de service*.

A Constituição Federal de 1988 trouxe para o texto constitucional vários preceitos novos que iam ao encontro dos ideais de igualdade e solidariedade. Buscou aumentar o rol dos direitos individuais e fazer com que o Estado tivesse uma gestão mais proba e eficiente.

A responsabilidade civil extracontratual do Estado foi tratada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que tem a seguinte redação:

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

§6º As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou de culpa

Como se pode perceber, a partir da leitura do artigo, a Constituição de 1988 não representou ruptura com a evolução da responsabilidade civil do Estado. Entretanto, um novo texto demanda uma conformação e interpretação diferente da norma frente a um novo sistema constitucional.

O ponto novo que mais se destaca é a responsabilização das empresas e concessionárias prestadoras de serviço público de forma objetiva. O constituinte quis garantir ao cidadão, ao destinatário dos serviços públicos, o direito de ser indenizado por danos causados tanto pelo Estado quanto pelos contratados pela Administração Pública.

O foco para determinar se haveria ou não a responsabilização em virtude do art. 37, § 6º, mudou do ente prestador para a natureza do serviço prestado. Os sujeitos passíveis de responsabilização por meio da citada regra constitucional passaram a ser tanto os entes políticos, as autarquias e as fundações públicas de direito público, quanto aquelas criadas com fins de prestar serviços públicos (empresas públicas e sociedades de economia mista) - excluídas as exploradoras da atividade econômica – como também os particulares prestadores de serviços públicos em virtude de descentralização (concessionárias e permissionárias de serviços) (MARINELA, 2011, p. 940).

A responsabilização do Estado e os direitos do particular continuaram a avançar com a atual Constituição. Desde a Constituição de 1946, é a teoria do risco administrativo que informa a responsabilidade objetiva. Essa é, pelo menos, a opinião majoritária da doutrina brasileira (conforme item 1.2.5 deste trabalho).

A expressão para denominar os prestadores de serviço público também mudou de funcionários para agentes. Apesar de a interpretação dada ao termo funcionários nas constituições anteriores ser bastante larga, usar *agentes* em vez de *funcionários* fez com que muitos novos sujeitos passassem a ser regidos pela norma em comento. *Agentes* é a expressão mais genérica para designar os sujeitos que prestam serviço ao Estado, exercendo atos de vontade da Administração ainda que de maneira ocasional (MELLO, 2003). São incluídas no termo todas as categorias de agentes prestadores de serviços públicos, sejam eles agentes

políticos ou administrativos e ainda os particulares que colaborem com a Administração (PIETRO, 2003, p. 530).

Da mesma maneira que nas constituições anteriores, a responsabilidade dos agentes públicos é subjetiva, só ocorrendo nas hipóteses previstas no regramento constitucional, ou seja: somente se houver, por parte do agente, culpa ou dolo, este responderá. A responsabilidade civil do Estado continua sendo objetiva, bastando para a sua configuração que haja dano causado por ato da Administração.

A exceção feita pela doutrina quanto à aplicação da teoria do risco ocorre nos casos em que a responsabilização do Estado dá-se por uma omissão, uma não-ação, que causa o dano. É aplicada, então, a teoria da *faute de service*. Se o dano ocorreu porque a Administração era obrigada a agir e não o fez, surge o dever de indenizar (DIAS, 2004, p. 32). As teoria do risco administrativo e a *faute de service* coexistem no ordenamento brasileiro mas é dada preferência à do risco administrativo por proteger melhor o particular (MARINELA, 2011, p. 938).

A posição mais correta a respeito me parece ser a de Carvalho Filho que explica que não se volta às teorias subjetivas quando se trata de omissão. Ocorre, pelo contrário, que apenas se coloca mais um requisito para a responsabilidade estatal, qual seja o dolo ou culpa da Administração. A regra, quando se trata de responsabilidade civil do Estado, seria a da responsabilidade objetiva. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 539)

Importante frisar que, qualquer que seja a hipótese do dano e a teoria acerca da responsabilidade do Estado que se adote, o constituinte buscou agilizar a indenização do Estado ao cidadão ao exigir apenas que se demonstrasse a relação de causalidade entre a ação ou omissão do Estado e o resultado danoso. Ficou dispensado o particular de provar a falta do serviço ou a falta de um agente público (BACELAR FILHO, 2006, p. 314).

O comportamento omissivo deve ser contrário a um dever legal do Estado de impedir que determinado evento danoso ocorra. Dessa maneira, caso a Administração agisse contra a lei, a responsabilidade adviria de um ilícito por omissão.

Quando a controvérsia gira em torno da inércia do ente estatal, a prova não é tão fácil quanto nas hipóteses em que, por exemplo, um veículo da Administração causa dano em um acidente. São hipóteses em que a responsabilidade se aproxima da culpa (STOCO, 2011, p. 1127). Na hipótese de acidente de trânsito, facilmente a questão pode ser resolvida pela

aplicação da responsabilidade objetiva. O tratamento a ser dado quando há omissão deve, entretanto, sempre ser temperado pela razoabilidade e pelo princípio da reserva do possível no que diz respeito ao dever do Estado em impedir aquele dano (FURTADO, 2010, p. 1067).

Para fazer um paralelo do que foi exposto relativamente às constituições anteriores, é preciso reafirmar que a responsabilidade por ato lesivo de agente público é do Estado já que a Constituição não fala em solidariedade ou em litisconsórcio passivo, apesar de ressaltar o direito de regresso da Administração contra o agente causador do dano. O Supremo Tribunal Federal fixou no julgamento do Recurso Extraordinário 228.977 (2002) que o legitimado passivo em ação de indenização por ato de juiz é o Estado e não o agente. Esse julgado será retomado ao final deste trabalho.

A partir desse julgado, a jurisprudência caminha no sentido de não mais aceitar o litisconsórcio passivo entre a pessoa de direito público e o agente. Trazer para um processo que só deveria apurar responsabilidade objetiva as dificuldades de caracterizar a culpa por parte do particular acabaria por tornar o processo mais extenso, suscitando ainda mais dificuldade para o particular ver o seu direito à indenização concretizado. As opiniões de Celso Antônio Bandeira de Mello e Oswaldo Aranha de Mello são em sentido contrário, prevendo que, nas hipóteses de dolo e culpa, a responsabilidade seria solidária (FURTADO, 2010, pp. 1045-1047).

Da evolução apresentada nesse capítulo, pode-se concluir que desde 1824 o Brasil vem aumentando o raio de aplicação da responsabilidade civil do Estado. Ao longo das várias constituições e diplomas legais, o Estado buscou relacionar-se com o particular de maneira mais justa, respeitando as liberdades e garantias individuais, coadunando com os ideais de isonomia e solidariedade que norteiam a atual ordem jurídico-constitucional. No próximo capítulo, serão discutidas questões relativas ao binômio responsabilidade civil do Estado nas áreas do direito penal em oposição à responsabilidade estatal quando se trata de outros ramos do direito.

4. A Responsabilidade Civil do Estado por falha no Judiciário

Neste capítulo serão analisados alguns dispositivos legais que tratam da responsabilidade civil do Estado pela atividade judiciária. Buscar-se-á demonstrar eventual semelhança ou discrepância no tratamento dado à responsabilidade estatal por dano causado por ato jurisdicional em duas diferentes espécies de processo: penal e civil.

4.1 A Responsabilidade na Esfera Penal

É sabido por todos que o ser humano é falível e comete erros. Também os cometem os sistemas e artifícios criados pelo homem para organizar a vida em sociedade, para julgar e para punir quem comete crimes. A revisão criminal é uma resposta plausível a este estado de coisas.

A revisão criminal do processo penal é comparável a uma ação rescisória no processo civil. Trata-se de um remédio processual por meio de que o cidadão atingido por uma sentença condenatória criminal pode se insurgir contra o apenamento por ela infligido. Não é recurso e não possui um pólo passivo sendo considerada uma ação penal constitutiva *sui generis* (NUCCI, 2011, p. 926).

Além da condenação injusta, a ser desfeita com a revisão criminal, há outras hipóteses em que o juízo penal pode acarretar prejuízos para o cidadão, por exemplo nas situações em que o condenado ficar preso preventiva ou temporariamente ou até mesmo pela simples pronúncia do réu, ou ainda pela negativa de liberdade provisória (DIAS, 2004, p. 193).

Busca-se com a revisão criminal restaurar o *status dignitatis* do cidadão a que foi imposta injusta pena, bem como evitar que ele passe preso mais tempo do que deveria. Enquanto a ação rescisória do direito civil obedece a hipóteses de cabimento previstas pela lei e tem um tempo certo para ser proposta (até dois anos após o trânsito em julgado), a revisão criminal pode ser pedida a qualquer tempo desde que se atenda a alguma das hipóteses do art. 621, do Código de Processo Penal. Isso dá-se por atenção ao princípio da verdade material e porque os direitos atingidos pela revisão criminal são direitos indisponíveis, notadamente a liberdade e a dignidade do jurisdicionado (TOURINHO FILHO, 2011, p. 889). Isso é o que se depreende da redação do art. 622, do Código de Processo Penal.

O legitimado para requerer a revisão criminal é o réu e, no caso de sua morte, os sucessores previstos em lei. Para instrumentalizar e permitir que uma indenização fosse dada

de maneira mais célere, o art. 630 do Código de Processo Penal previu que, desde que requerida pelo interessado, ficasse reconhecida na sentença de revisão criminal o direito a uma justa indenização, cabendo ao juízo cível somente apurar o *quantum debeatur*. Devido ao efeito condenatório da sentença que reconhece o direito à reparação pelos prejuízos morais e materiais do injustamente apenado, o juiz não deve concedê-la de ofício (NUCCI, 2011, p. 942).

O § 2º do citado artigo excepciona o direito a indenização do Estado quando o acusado dá causa à sua condenação injusta se utilizando, por exemplo, de uma falsa confissão ou se ocultasse uma prova essencial para a sua absolvição. O legislador não permitiu, e nem poderia fazê-lo, que o jurisdicionado obtivesse uma vantagem econômica se utilizando da própria torpeza.

A alínea “b” do mesmo parágrafo exclui a responsabilidade estatal quando a acusação que levou à condenação injusta for privada. Esse dispositivo específico merece um reexame por parte do legislador. Ainda que se trate de uma condenação advinda de uma ação penal privada e mesmo que o polo ativo da ação não esteja representado pelo Estado (o *parquet* pode aditar a queixa e participar em outros momentos do processo, mas é o querelante quem figura como promovedor da ação), quem a julga é o Estado-juiz. Não se pode imputar ao querelante a responsabilidade de ressarcir um dano para cuja ocorrência foi determinante e preponderante o exercício do direito de punir da Administração. Assim como o *ius puniendi* não pode ser delegado, também não pode o Estado eximir-se de assumir as consequências danosas do exercício de tal prerrogativa (DERGINT, 1994, p. 173).

É de se indagar, inclusive, se o disposto na alínea “b” do § 2º do artigo 630 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Carta da República de 1988. No mesmo sentido do que foi argumentado anteriormente, o anteprojeto do Novo Código de Processo Penal modifica a redação do dispositivo ora em comento, extirpando a exceção feita às ações de natureza privada (Oliveira, 2009). A comissão que elaborou o anteprojeto pareceu atenta à realidade constitucional atual já que a redação proposta para o novo diploma é:

Art. 634. No caso de responsabilidade civil do Estado, o tribunal poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

Parágrafo único. Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pelos órgãos do Judiciário federal, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva Justiça. (2009)

A revisão criminal é um instrumento para que o condenado injustamente possa ter reconhecido o seu direito à indenização mas não é o único meio de havê-la. O jurisdicionado vítima de injustiça não caduca de seu direito ainda que não se utilize da revisão. Uma ação pode ser ajuizada para o conseguimento desse fim (CAHALI, 2007, p. 476), até mesmo porque não se trata de um simples direito potestativo mas de uma garantia individual prevista no art. 5º, inc. LXXV¹, da Constituição de 1988. O previsto pelo citado dispositivo serve ainda de remédio contra condenação dissonante do sistema jurídico-constitucional. O constituinte buscou evitar as inequidades causadas pelo serviço judiciário faltoso e pela ineficiência na administração da justiça.

Como consequências da interpretação do inciso citado tem-se que o Estado já previa que o poder judiciário pode causar dano e que de tal dano exsurge um direito a indenização pela qual o próprio Estado seria responsável. A responsabilidade dar-se-ia porque o ente estatal assume os riscos inerentes à falibilidade do juiz e do sistema judiciário.

A interpretação da norma constitucional é que define o seu alcance. No caso do referido inciso a expressão “erro judiciário” tem sido utilizada para abranger somente os erros do serviço judiciário prestado pelo juízo penal. Na maior parte das vezes em que aparece, a expressão se refere aos danos causados pela privação injusta de liberdade nas situações em que o dano pode ser mais facilmente reconhecido. Ninguém questiona que há prejuízo quando um cidadão fica preso injustamente (CAHALI, 2007, p. 472).

Esse limite não pode, entretanto, ser dado pelo aplicador do direito. Ao prever a garantia, o constituinte não disse que ela só valeria para os erros cometidos por juízes da esfera penal, e se a lei não quis distinguir nem reduzir o alcance de uma expressão, não o pode fazer o intérprete (NANNI, 1999, p. 122). Trata-se de uma norma que estabelece uma garantia individual para o jurisdicionado e uma garantia não pode ser retirada do patrimônio jurídico dos cidadãos. Nem por meio de emenda constitucional é possível fazê-lo já que as normas que estabelecem garantias são cláusulas pétreas da Constituição.

O Código Penal de 1890 já previa a responsabilidade do Estado quando houvesse erro judiciário na área penal, conforme preceituava o seu art. 86, § 2º. Com a Constituição de 1988 o preceito foi alçado a um âmbito mais geral e deve ser aplicado também às demais jurisdições, como defende Dias (2004, p. 193).

¹ “Art. 5º LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”

O juiz do processo penal é investido de um cargo público e por meio dele é exercido o direito de punir estatal. O magistrado que julga outras causas que não sejam ações penais também é investido pelo Estado do poder de decidir controvérsias. Tanto um quanto outro juízes podem, no exercício da função jurisdicional, causar danos aos jurisdicionados. Isso dá-se de diversas formas e a lei não as pode prever a todas, o que levou DERGINT (1994, pp. 165-166) a propor que o tratamento diferenciado dado às responsabilidades nos processos civil e penal não condiz com o ordenamento jurídico-constitucional, justamente por serem situações análogas.

Por tudo que se expôs é possível perceber que quando se trata de responsabilizar o Estado-juiz por erros no processo penal, a doutrina dominante entende que há um respaldo legal e constitucional que garante ao injustiçado meios de ser indenizado pelo seu direito lesado. Quando se trata do processo civil, o cenário se mostra um pouco diferente conforme será demonstrado a seguir.

4.2 A Responsabilidade do Estado no âmbito cível

Tolher um indivíduo da sua liberdade de ir e vir ou gravá-lo injustamente com o estigma de ter sido condenado pelo cometimento de crime causa danos materiais e morais. Infelizmente os erros cometidos pelos juízes e os danos por eles causados não estão adstritos à esfera penal, mas se estendem pelas outras áreas da jurisdição.

Como foi dito no capítulo anterior, uma das mudanças trazidas pela Constituição de 1988 foi utilizar *agentes* em lugar de *funcionários*. Se antes da atual Carta argumentava-se que o juiz não era funcionário público e que portanto os seus atos não poderiam gerar responsabilidade estatal, com a expressão utilizada pelo constituinte em 1988, tal dúvida foi espancada pois, ainda que se considere que o juiz é um agente político ou verdadeiro órgão, não há dúvida de que seja agente público².

Tal afirmativa impõe a consequência lógica de que o constituinte quis que todos os colaboradores da Administração, desde que causassem dano ao particular, pudessem atrair a

² Na mesma linha de raciocínio exposta aqui, e ainda sob a égide da Constituição anterior, Aliomar Baleeiro julgara que: "... a meu ver, o art. 107 da CF de 1967 abarca em sua aplicação os órgãos e agentes do Estado, como os chefes do Poder Executivo, os Ministros e Secretários de Estado, os Prefeitos, ainda que não sejam funcionários no sentido do Direito Administrativo. 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 funcionários, *latu sensu*" (RE 70.121, 1971).

responsabilidade do Estado. Não foram feitas pelo legislador constitucional reservas quanto à atividade jurisdicional do Estado de maneira que não restou excluído tal escopo de responsabilidade estatal.

Ademais, o serviço prestado ao jurisdicionado pelo Estado detentor do monopólio da jurisdição é um serviço público, seja na esfera de atuação penal, seja nas outras esferas em que atua o Estado-juiz. Ao cidadão não é lícito fazer valer o ordenamento jurídico de mão própria, de maneira que somente lhe resta confiar na diligência e eficiência dos servidores estatais para ter o seu direito atendido (DIAS, 2004, pp. 154-155).

Esses argumentos, bem como outros expostos anteriormente, servem de esteio para a afirmação de que o Estado é civilmente responsável pelas falhas cometidas no poder judiciário, seja no exercício de funções administrativas (atividade meio), seja no exercício da função precípua do poder judiciário: a de dizer o direito, decidir uma controvérsia posta em juízo. Esse conflito pode ter como motivo a infringência de uma ou mais normas de natureza penal, administrativa, trabalhista, constitucional, contratual... ou seja, de uma larga gama de campos do direito.

Apesar das peculiaridades, das especificidades e dos ritos próprios de um ou outro processo respectivos ao ramo do direito de que fazem parte, no que tange à possibilidade de se responsabilizar a Administração pelo mau funcionamento da máquina, há mais traços comuns a aproximar as duas espécies de jurisdição que pontos dissonantes a justificar um tratamento diametralmente oposto entre o ato jurisdicional danoso na esfera penal e o ato jurisdicional que causa prejuízo na esfera cível.

Com base na (in)inteligência dos artigos 37, § 6º, e 5º, inciso LXXV, da Constituição, o intérprete discrimina os jurisdicionados que suportam prejuízo na esfera cível por conta de o Estado realizar de maneira inadequada a tarefa que cabe a ele. Enquanto o constituinte não fez distinção entre os cidadãos vítimas do mau funcionamento da Justiça, os juízes insistem em diferenciar, com base nos argumentos ultrapassados já comentados nesse trabalho, a pessoa que sofre um prejuízo na esfera penal daquelas que arcaram com perdas nas outras esferas de jurisdição.

Um dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito Brasileiro é a isonomia. A isonomia traduz-se como a própria expressão da justiça, vale dizer, deve-se tratar os jurisdicionados com equilíbrio; julgar os seus interesses sob as mesmas regras. Significa

dizer que não é justo decidir um conflito com base em leis diferentes quando as situações são análogas. O Estado representa um conjunto de pessoas de direito público interno e, salvo em situações justificadas, como por exemplo aquelas em que haja um interesse público demonstrado, não deve ter privilégios que não estejam fundamentados e previstos no ordenamento jurídico.

Quando o Estado-juiz diz que não é responsável pelos danos causados quando exerce a função jurisdicional, há uma quebra de isonomia “entre os poderes”³, dentro do próprio poder judiciário⁴, entre o Estado e as demais pessoas prestadoras de serviço público⁵, e também entre Administração e jurisdicionados em geral, já que não há interesse público a justificar que um cidadão suporte os estragos causados pelo mau funcionamento do serviço estatal.

Deve-se estar atento ao fato de que a Carta da República não deve ser avaliada aos pedaços, mas como um todo definidor de um sistema. Se em vários outros aspectos da vida em sociedade o Estado assumiu papéis importantes, atuando nos serviços essenciais e na regulação dos mercados, não se coaduna com a lógica sistêmica que ele se exima da responsabilidade civil pelo mau funcionamento do judiciário.

A Constituição assume risco integral pelo chamado dano nuclear (artigo 21, XXIII, alínea “d”) demonstrando preocupação com o bem-estar do cidadão e fazendo com que os danos sofridos neste tipo de acidente possam ser indenizados, fazendo com que fosse repartido entre os cidadãos os ônus que, caso não houvesse a responsabilização, ficariam somente com aqueles que residissem, por exemplo, próximos às plantas nucleares.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração são as mudanças constitucionais realizadas pelo poder constituinte derivado, dentre as quais destacam-se a inserção do termo eficiência na cabeça do artigo 37 da Constituição, realizada pela Emenda 19 de 1994 e também do inciso LXXVIII no artigo 5º assegurando a razoável duração do processo. Essas mudanças relacionam-se com a hipótese deste trabalho e revelam que houve uma sensibilidade dos parlamentares a um problema relevante da sociedade brasileira.

Eficiência do serviço público quer dizer utilizar bem os recursos para o conseguimento de um resultado com muitos ganhos e com a minimização dos seus efeitos negativos. A

³ As aspas se justificam porque o poder do Estado é uno. O que existe é uma divisão entre as funções por ele exercidas

⁴ A diferença de tratamento dada à jurisdição penal (responsável) e à cível (irresponsável)

⁵ As referidas no artigo 37, §6º, da Constituição

jurisdição é uma atividade da qual o Estado detém o monopólio e que por ele é regulada. É do interesse da própria Administração Pública bem como de todos os cidadãos que as questões levadas a juízo tenham um andamento célere, de modo que menos capital seja gasto com os procedimentos. Uma Justiça morosa gasta mais (depósito de bens, papel, capital humano) e o acúmulo de ações no judiciário não traz benefícios à sociedade, pelo contrário, acaba por fazer com que o jurisdicionado tenha menos fé no sistema judicial.

A duração razoável do processo, elencada entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, não deve ser deixada de lado pelo Estado brasileiro. Apesar de ter uma significação fluida que só pode ser aferida com acurácia numa análise casuística, tem que ser levada em conta pelos juízes e pelos órgãos responsáveis pela administração da justiça. Não raro estudantes e estagiários deparam-se com situações absurdas de demora do judiciário em tomar providências. Algumas situações similares motivaram, inclusive, ações que chegaram ao Supremo Tribunal Federal e que serão objeto de análise posterior.

Por isso se sustenta que o Estado é responsável pela demora na prestação jurisdicional: ao não ser eficiente e garantir uma duração razoável para o processo, descumpre os ditames da própria Constituição.

Voltando à hipótese mais geral, ainda que se diga que a previsão constitucional do artigo 37, § 6º é insuficiente para responsabilizar o Estado e que ali estão disciplinadas por completo as hipóteses de responsabilidade estatal, há, em outras partes do ordenamento vigente, elementos que permitem extrair o princípio da responsabilidade como basilar na nossa democracia, como por exemplo o previsto no artigo 927 do Código Civil que prevê que aquele que por meio de atos ilícitos causar danos fica obrigado a repará-los. A definição de ato ilícito está nos artigos 186 e seguintes do Código Civil:

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. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

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

Da exegese dos dispositivos acima, é possível afirmar que o Estado pratica ato ilícito ao não atender com a eficiência que se espera às demandas do jurisdicionado⁶. Deve, portanto, ser responsabilizado por mora judiciária.

Feitas essas considerações, carece de sustentação sólida a afirmação de que o Estado-juiz, quando no exercício de funções jurisdicionais além da esfera penal deva ser tratado de forma diversa das demais pessoas frente à inexistência de interesse público relevante a justificar o privilégio da irresponsabilidade. No capítulo seguinte, às questões discutidas, será dada nova luz para que se possa expor melhor os argumentos de ambos os lados de acordo com a forma pela qual foram apresentados ao longo do tempo no Supremo Tribunal Federal.

⁶ Não será examinada aqui a previsão do artigo 133 do Código de Processo Civil e o artigo 49 da LOMAN que preveem que o magistrado será pessoalmente responsável quando agir com negligência e que, por se tratar de norma especial, poderia afastar a aplicação do previsto no Código Civil, já que do que o discutido aqui é o eventual mau funcionamento do judiciário, não especificamente a conduta de um agente específico. Além de que, em termos práticos, acusar o juiz de dolo ou fraude atrapalharia a atuação e a vida profissional dos causídicos. (LOUREIRO FILHO, 2005, p. 191)

5. A demora na prestação jurisdicional: análise de parecer e de caso

Nos capítulos anteriores, buscou-se explicitar os argumentos que são contra e a favor da responsabilização do Estado por faltas ocorridas no serviço jurisdicional por meio de uma abordagem histórica e do cotejo de dispositivos normativos pertinentes ao assunto. Neste capítulo, serão analisados um parecer da Comissão Revisora da Constituição de 1988 e casos de tribunais superiores que trataram do tema.

Os exemplos de jurisprudência escolhidos tratam não só da responsabilidade do Estado por danos decorrentes da atividade jurisdicional mas também de um aspecto mais específico dessas faltas, qual seja a demora na prestação que se traduz, muitas vezes, em um grave defeito no serviço público jurisdicional. O recorte temático proposto de atraso na prestação jurisdicional foi eleito para o presente trabalho por ser comum ouvirem-se reclamações acerca do quão morosos são os processos no Brasil e também porque a responsabilização do Estado por danos causados pela demora na prestação jurisdicional, salvo algumas exceções, não é um tema adequadamente tratado nos manuais e livros de direito administrativo.

O primeiro documento a ser analisado é a proposta feita e não acolhida pela comissão revisora da Constituição de 1988 que, em 1992-93, propôs que a responsabilidade estatal por ato de juiz tivesse uma menção específica dentro do título que cuida do poder judiciário. Segue parte do texto escrito pelo então deputado e Relator Geral, Nelson Jobim:

Estamos propondo, com a inclusão de novo parágrafo no art. 95 do texto constitucional, a instituição da responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiro por juízes, no exercício de suas funções, assegurando-se o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou fraude. Parece-nos que já seja tempo de afastar, entre nós, a tese da irresponsabilidade do Estado por atos dos juízes, predominante ainda hoje tanto na doutrina quanto na jurisprudência firmada nos tribunais. Esta a lição do Desembargador e Mestre Rui Rosado de Aguiar Júnior, em elucidativo estudo sobre o tema, publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: ‘Nos últimos anos está surgindo movimento vigoroso em favor da ampliação do conceito (responsabilidade civil do Estado por ato dos juízes), por motivos de ordem política e razões de ordem jurídica. Do ponto de vista político, porque a marcha para a plena realização do Estado de Direito – aspiração que a todos deve orientar – impõe a gradual extinção da idéia da irresponsabilidade, quando resquício de privilégios antes concedidos a classes e pessoas para a manutenção de poderes e benefícios injustificáveis à luz do Estado moderno, democrático, igualitário e solidário. Juridicamente, porque o ato estatal praticado através do juiz não se distingue ontologicamente das demais atividades do Estado, estas geradoras do dever de indenizar uma vez presentes os requisitos. Isto é, o Estado-juiz é uma fração do Poder Público que pode, através de seu agente, nessa qualidade, causar dano injusto, não havendo razão jurídica para impor ao lesado o sofrimento do prejuízo daí decorrente. Em verdade, a doutrina constitucional contemporânea afirma a responsabilidade civil do Estado por ato do juiz. Com efeito, segundo a doutrina espanhola (REBOLLO, Luiz Martin. **Jueces y Responsabilidad del Estado**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983), a responsabilidade objetiva do Estado por ato do juiz não se impõe apenas em virtude da prática de atos ilícitos causadores de danos. Era este o ensinamento tradicional, em que se buscava fundamentar a responsabilidade civil do Estado

aproximando-o de um conteúdo obrigacional material. Atualmente, entende-se que, para além da culpabilidade ou ilicitude, o fundamento da responsabilidade objetiva do Estado por ato do juiz encontra-se na própria Constituição. A dignidade da pessoa humana (mormente na hipótese de erro judiciário), a liberdade (que exige a limitação da intervenção legítima do Poder Público), a igualdade (que demanda a proporcionalidade na divisão dos encargos e ônus da atuação do Poder Público entre os cidadãos) e a legalidade são, portanto, os princípios legitimadores da responsabilidade do Estado. Sob tal perspectiva, apontem-se os textos das atuais Constituições italiana (art.24) e espanhola (art.121). Não são estranhos à ordem constitucional pátria os institutos da responsabilidade objetiva do Estado e da responsabilidade regressiva do agente público nas hipóteses de dolo ou culpa (art. 37, § 6º). A responsabilidade do Estado por erro judiciário encontra-se positivada no art. 5º, LXXV, da Constituição, enquanto a responsabilidade civil da autoridade judiciária nas hipótese de dolo ou culpa está consagrada no Código de Processo Civil (art. 133, I).A introdução, pois, do proposto § 3º do art. 195 do texto constitucional é corolário do próprio modelo de responsabilidade da Magistratura que se quer implantar, assentada em dois vértices: a responsabilidade civil e a responsabilidade disciplinar (cujo controle estará a cargo do Conselho Nacional de Justiça e dos tribunais), evoluindo-se do isolamento orgânico-corporativo do Judiciário para um modelo de responsabilidade social, nos parâmetros preconizados por Cappelletti. (grifos no original)

Como já apontado em outros pontos do trabalho, a proposta vem ao encontro do que parte da doutrina entende como ideal para a postura que o Estado deve ter frente à possibilidade de ser responsabilizado pelos atos jurisdicionais.

Sobre a impossibilidade de se responsabilizar o Estado por danos causados pela demora na prestação jurisdicional, o acórdão paradigma no Brasil é o do Recurso Extraordinário 32.518, assim ementado:

1) AÇÃO CRIMINAL PRIVADA. DEMORA NO SEU ANDAMENTO. 2) A ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO, MANIFESTAÇÃO DE SUA SOBERANIA, SÓ PODE GERAR A RESPONSABILIDADE CIVIL QUANDO EFETUADA COM CULPA, EM DETRIMENTO DOS PRECEITOS LEGAIS REGULADORES DA ESPÉCIE. 3) RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(RE 32518, Relator: Min. ALIOMAR BALEEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/1966)

O caso aconteceu no Rio Grande do Sul: o Recorrente processou o Estado sustentando que arcou com prejuízos porque o serviço judiciário não foi prestado a contento. Porque o processo não foi célere, a queixa-crime de injúria movida pelo Recorrente foi objeto de prescrição. A partir do preceituado no artigo 194 da Constituição então vigente, o querelante pediu indenização por honorários e custas processuais.

O juiz de 1º grau excluiu o Estado do polo passivo afirmando que o ente estatal não era responsável por atos dos membros do Poder Judiciário. Então o 2º grau de jurisdição reconheceu que o Estado era parte legítima e mandou retornarem os autos para a 1ª instância para que a causa fosse agora julgada improcedente sob o argumento de que não estavam presentes dolo ou culpa do juiz criminal porque a comarca estava sobrecarregada.

O Recorrente apelou dizendo que responsabilizara o Estado e não o juiz pela demora. A isso o Tribunal *a quo* respondeu negando provimento à apelação e afirmando que a escusa pela morosidade que se aplicaria ao juiz também seria aplicável ao Estado. O Recorrente foi então ao Supremo Tribunal Federal asseverando, em síntese, que a responsabilidade do Estado pelo mau funcionamento de um serviço prescinde da comprovação de culpa, invocada a teoria do risco administrativo.

Para melhor se entender o que foi decidido, segue um quadro comparativo com os argumentos utilizados por cada um dos cinco ministros julgadores do caso acima resumido.

<p>Ministro Aliomar Baleeiro – Relator – Votou SIM para conhecer e prover o RE</p>	<p>Diz o ministro que a controvérsia gira em torno do alcance do artigo 194⁷. Sustentou que há responsabilidade do Estado no caso porque não foi adequado o funcionamento da Justiça. A Administração é responsável pelo fato das coisas no serviço público e também deve ressarcir os danos causados aos jurisdicionados quando o serviço público de jurisdição não funcionar corretamente, até porque além dos impostos os usuários da Justiça pagam taxas específicas pelo serviço prestado.</p> <p>O ministro relator considera que houve dano e que o dano pode ser imputado à omissão do Estado do Rio Grande do Sul e afasta a ocorrência de força maior. Também tira de cena a hipótese de caso fortuito, já que a demora era crônica e que as autoridades estavam a par da situação. Apesar de reconhecer que houve culpa dos serventuários da justiça e dos superiores, diz o relator que a hipótese elencada pelo artigo 194 prescinde da demonstração de culpa do agente.</p> <p>Durante o debate o ministro afirma ainda que o sujeito cuja razão de recorrer à justiça fora o seu achincalhamento por um adversário acreditou no Estado ao invés de buscar a justiça com as próprias mãos e que, apesar de muitas petições, o judiciário não funcionou para o caso. Ainda durante o debate com o ministro presidente afirma que se o legislador constituinte não distinguiu uma e outra espécie de serviço público, também não poderia fazê-lo o julgador de modo que a prestação jurisdicional seria como o serviço de vacinação pública, por exemplo. O Estado tem a obrigação constitucional de fazer funcionar todos os serviços públicos dada a sua prerrogativa de cobrar taxas impostos para esse fim.</p> <p>Quando do voto vista do ministro Pedro Chaves o relator asseverou que ao reconhecer a inexistência de culpa funcional do juiz que deixou ocorrer a prescrição na</p>
--	--

⁷ Artigo 194 da Constituição de 1946: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”

	queixa-crime o Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul admitiu a culpa do Estado.
Ministro Villas Boas – Presidente – Votou NÃO – pelo conhecimento e não provimento do RE	<p>Disse que a tese do ministro relator, a de responsabilizar o Estado por erro do poder judiciário, era muito avançada e não estava contemplada no pensamento do constituinte de 1946. Também afirmou que a única hipótese de reparação por erro estatal que conhecia seria a do processo penal. Depois de discutir o tema com o relator, o presidente somente reafirmou que era este o seu voto e que o baseara na teoria da responsabilidade.</p> <p>Posteriormente ao voto-vista do ministro Pedro Chaves, o ministro presidente reafirmou seu entendimento segundo o qual a culpa do funcionamento do serviço judiciário só permite reparação no caso previsto em lei, ou seja, no caso de erro judiciário previsto no processo penal. Interessante notar que, além de ter afirmado anteriormente que a tese esposada pelo relator, à qual o entendimento de Villas Boas era contrário, era uma tese avançada o ministro presidente disse: “Realmente, poderemos chegar a essa conclusão mais tarde” (RE 32.518, 1966), deixando aberta a possibilidade para um entendimento para além do que sua Excelência pretendia aplicar ao caso ora em exame.</p> <p>Ao final do 4º voto, Villas Boas diz que chegou à mesma conclusão que o ministro Pedro Chaves: que o dano foi causado pelo risco processual assumido pelo então Recorrente.</p>
Ministro Adalício Nogueira – Votou SIM para conhecer e prover o RE	<p>Dados a complexidade do caso e o acaloramento da discussão, o ministro Adalício pediu vista. Depois de breve relatório no qual destacou a desídia dos órgãos judiciários no caso, apresentou o seu voto. Diz que os atos protelatórios foram os responsáveis por causar o prejuízo ao Recorrente e que tais atos não estão englobados pela atividade legitimamente jurisdicional. Afirma que para o deslinde da controvérsia não deve ser levado em conta o conceito civilístico de culpa, uma vez que ele deu lugar a critérios mais amplos de responsabilização no campo do direito público. Para Adalício Nogueira, a teoria contemplado pelo art. 194 é a teoria do risco: se houve dano na prestação de um serviço público, o Estado por ele responde. Entretanto, diz o ministro que não é necessário invocar a teoria do risco integral para responsabilizar o Estado já que houve, certamente, culpa administrativa dado o mau funcionamento de um serviço público. Conheceu e proveu o recurso a exemplo do que fez o relator, porque: “O Estado não acionou, convenientemente, a engrenagem do serviço público judiciário, Não proporcionou à parte, a prestação jurisdicional, a que estava obrigado. Houve falta do serviço público” (RE 32.518, 1966)</p>

<p>Ministro Pedro Chaves – Votou NÃO – pelo conhecimento e não provimento do RE</p>	<p>Começou o voto asseverando que a responsabilidade objetiva do Estado, na forma do risco administrativo, fora contemplado pelo artigo 194 da Constituição, independentemente da culpa civil. Para que o dano causado pela Administração fosse um dano indenizável, deveriam estar presentes dois elementos: a prática de ato do funcionário em razão do ofício e a outra seria a relação de causalidade entre tal ato e o dano que se pretende indenizar. Narrou que nas instâncias recorridas, a partir do exame dos fatos, não ficou provada a desídia dos agentes públicos. Sustenta que as instâncias ordinárias decidiram que a prescrição ocorrera por conta das inevitáveis diligências e dos incidentes processuais que ocorreram e que como a lei federal tem prazos curtos, disso resultou a prescrição.</p> <p>Para o ministro Pedro Chaves o autor foi frustrado do seu direito à prestação jurisdicional não por conta de dos funcionários da Justiça, mas porque, ao apresentar a queixa-crime, assumiu um risco: o risco processual. Disse que sabidamente os prazos fixados pelo legislador são exíguos e que a prescrição era um resultado comum e previsível.</p> <p>Conheceu do recurso pela relevância da matéria, mas a ele negou provimento.</p> <p>Depois da intervenção dos outros três ministros, Pedro Chaves interrompeu a fala de Baleeiro para reafirmar que só há o nexo causal a justificar a indenização quando o dano é causado pelo funcionário público ao praticar ato de ofício e que, no caso em tela, quem deu causa ao dano foi o próprio Querelante, ao assumir o risco processual.</p>
<p>Ministro Hermes Lima – Votou NÃO – Conheceu do recurso e negou a ele provimento</p>	<p>Como dos primeiros quatro votos resultou empate, foi chamado um juiz de outra turma para desempatar o julgamento do Recurso Extraordinário. No início da sua fundamentação, afirma: “O princípio da responsabilidade do Estado em razão do funcionamento defeituoso do serviço público não encontra aplicação no caso” (RE 32.518, 1966).</p> <p>O ministro Hermes Lima reproduz o acórdão recorrido e afirma que não houve a culpa exclusiva do Poder Judiciário já que o Querelante poderia ter depositado o preparo (provavelmente custas de algum incidente processual), que era de obrigação do Querelado, mas não o fez e isso atrasou o feito por mais de dois meses. Conheceu e negou provimento ao recurso, justamente por não reconhecer a culpa exclusiva do Poder Judiciário.</p>

Fica claro que os argumentos utilizados por cada um dos ministros diferem entre si. Houve vários pedidos de vista e o julgamento foi desempato por voto vogal de um ministro de

outra turma que, para fundamentar o voto que prevaleceu pelo não provimento do recurso, não se debruçou de maneira profunda no tema, antes repetiu o que já dissera a sentença originária e afirmou que o advogado do Recorrente deveria ter feito mais que a sua obrigação e extrapolado os limites do que lhe era exigido.

Os meios pelos quais se constrói uma jurisprudência que se reflete em vários outros casos nem sempre é o mais nobre, científico ou acertado, entretanto a análise dos acórdãos e das notas taquigráficas é o que permite entender mais detalhadamente como são (re)construídas as ideias na jurisprudência.

No mesmo sentido da decisão do Supremo analisada acima há a decisão de outro Recurso Extraordinário de número 70.121 (1971) que, apesar de tratar de matéria diferente, qual seja a indenização por prisão preventiva, repete tanto nos votos vencidos que reconheciam a responsabilidade e davam provimento ao recurso, quanto nos votos vencedores que dele não conheceram, os argumentos já resumidos na tabela precedente.

Há exemplo de um acórdão anterior, o RE 35.500, julgado em 09/12/1958 em que a tese vencedora no acórdão discutido acima já prevalecia. O acórdão foi assim ementado:

O ESTADO SÓ RESPONDE PELOS ERROS DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO, NA HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 630 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FORA DISSO, DOMINA A NÃO RESPONSABILIDADE DO ESTADO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

(RE 35500, Relator: Min. ANTONIO VILLAS BOAS, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/1958),

Nesse julgamento, afirmava-se que, naquele momento, só seria possível que o Estado indenizasse por erro na prestação do serviço jurisdicional quando se tratasse do chamado erro judiciário, previsto no artigo 630 do Código de Processo Civil. O então artigo 121 da lei adjetiva civil só previa a responsabilidade pessoal do julgador e portanto não poderia servir de fundamento para uma responsabilização do Estado. No voto, o relator ainda reforça o seu argumento trazendo a inconstabilidade da coisa julgada e a independência dos juízes como elementos a obstar o provimento do RE.

Tanto a coisa julgada quanto a independência dos juízes foram já objeto de análise deste trabalho em capítulo anterior. É interessante reforçar que se tratam de argumentos já tidos por alguns como vetustos à época do julgamento e que hoje, mais de 50 anos depois, não deveriam mais ser utilizados. Talvez por ter que se ater ao que foi pedido no Recurso

Extraordinário (não é possível saber a partir da leitura do acórdão, em que não há um relatório escrito detalhado) o ministro Villas Boas não analisou a questão posta em juízo à luz do artigo 194. Afirmou-se que a tese do recurso era considerada avançada para 1958 e que, certamente, não estava nas ideias do Constituinte de 1946. É de se chamar a atenção aqui para a falta de sensibilidade do ministro ao fenômeno da mutação constitucional que, tanto nesse caso quanto no RE 32.518 quase 8 anos depois, votou pelo não acolhimento dos recursos.

No Recurso Extraordinário n. 69.568 (1970) a controvérsia é novamente levada ao STF. mas nem o RE nem os Embargos opostos contra o acórdão do Supremo foram conhecidos. No caso, uma fundação de direito privado buscava ser indenizada por danos causados por ato de juiz que determinou a suspensão dos diretores da fundação e nomeou três interventores.

Contra esse ato impetrou-se Mandado de Segurança que foi concedido pelo Tribunal de Justiça e confirmado pelo STF. A diretoria voltou a dar cumprimento ao estatuto da Fundação Antônio e Helena Zerrenner e ajuizou ação contra a Fazenda do Estado objetivando indenização pelos danos devidos ao ato ilegal. Em sua defesa, a Fazenda sustentou que a ação estaria prescrita, que o ato não fora ilegal, que não teria havido dano porque a diretoria permanecera pouco tempo fora da administração e que o Estado não seria responsável por atos decorrentes da jurisdição.

Para destacar e facilitar a compreensão dos aspectos que são mais importantes para esta monografia, mais uma vez um quadro será utilizado:

<p>Desembargador Andrade Junqueira – Votou NÃO – O acórdão negou provimento à apelação.</p>	<p>A questão da irresponsabilidade estatal, que é o que interessa para o presente trabalho, foi tratada quando do julgamento da apelação: o desembargador disse que os juízes devem gozar de plena liberdade funcional e que essa não estaria contemplada se os magistrados pudessem ser, direta ou regressivamente, obrigados a recompor perdas e danos em virtude de suas decisões judiciais. Isso seria destruir a autonomia do poder judiciário.</p> <p>Os dois argumentos vetustos utilizados pelo desembargador cujo voto fora reproduzido pelo relatório do Ministro Luiz Gallotti já foram rebatidos em capítulos anteriores deste trabalho. Além do que, quem fora acionado pela demanda da fundação fora a Fazenda do Estado e</p>
---	--

	<p>não o próprio juiz. O juiz só responderia pessoalmente e regressivamente nos casos previstos em lei.</p> <p>No mesmo voto, Andrade Junqueira, de forma talvez até antagônica e contraditória com o conteúdo decisório de seu voto, faz homenagem à tarefa do judiciário de dar novas interpretações à lei, de forma a mantê-la rejuvenescida, útil e aplicável. O preito serve para louvar ainda mais a liberdade funcional dos juízes sem a qual não seria possível rever conceitos que a lei tratara de maneira ultrapassada. Mais uma vez o desembargador sustenta um entendimento torto da situação. O que se discutia no processo e o tema deste trabalho é a responsabilidade do Estado, não a responsabilidade pessoal do juiz. A responsabilidade estatal em nada atrapalha o livre convencimento nem diminui a franqueza na atuação dos magistrados.</p> <p>Entre citações de doutrina nacional e internacional o desembargador diz que o juiz se confunde com um próprio órgão do Estado e assevera que os danos causados pela atividade jurisdicional não são indenizáveis, assim como não o são os decorrentes do trabalho legislativo. Assim como em uma prisão preventiva de um réu que ao final é absolvido, alega que também no processo civil ocorrem diversos danos que, resultado do fiel cumprimento do ordenamento jurídico-constitucional, também não são indenizáveis. Seriam meros dissabores, inerentes às relações sociais.</p> <p>A fraude ou dolo do juiz que determinou a intervenção não ficou provada, até porque a tese era controvertida.</p>
<p>Ministro Luiz Gallotti – Votou NÃO – não conheceu do RE.</p>	<p>Cita comentários ao artigo 194 da Constituição de 1946, que não estava mais vigendo, no sentido de que o Estado não poderia ser responsabilizado pelos atos jurisdicionais haja vista a independência da magistratura. Reforça a ideia de que somente por força de revisão criminal seria devida indenização.</p> <p>Traz ainda o argumento de que o juiz é órgão da soberania do Estado de maneira que nem o Estado nem o juiz poderiam ser responsabilizados por uma decisão dada de boa-fé. Somente seria responsável pessoalmente se agisse com dolo ou fraude o julgador.</p>

	<p>Tece paralelos entre os direito brasileiro e italiano e o direito francês, dizendo ser este último diverso do nosso porque houve na França uma lei de 7 de fevereiro de 1933 que cuidava da ampliação das liberdades individuais e prescrevia que o Estado seria civilmente responsável pelas condenações de seus juízes.</p> <p>Pelos argumentos acima e por entender que o acórdão recorrido (que está traduzido no voto do desembargador Andrade Junqueira) está em consonância com o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência brasileiras, Luiz Gallotti não conhece do recurso relativamente à alínea “a”. Relativamente à alínea “d”, por não entender que houve demonstração da divergência entre o acórdão recorrido e os outros trazidos, também não conhece do Recurso Extraordinário.</p>
<p>Ministro Aliomar Baleeiro – Discordou da tese, mas votou NÃO pelo não conhecimento do RE</p>	<p>Diz que o princípio da irresponsabilidade do Estado pelo ato de juiz é iníquo e sustenta que o artigo 194 da Constituição de 1946, assim como o artigo 105 da Constituição de 1967, tem o mesmo efeito da lei francesa (de 7 de fevereiro de 1933) a que se remeteu o ministro relator qual seja: estabelece a responsabilidade do Estado. Na França a responsabilidade seria solidária e no Brasil tem-se a possibilidade da ação regressiva.</p> <p>Assevera que há doutrina nacional recente, do professor Cretella Jr., que coaduna com a tese defendida pelo voto de Aliomar Baleeiro. Remonta à diferença entre os atos judiciais e os atos jurisdicionais e afirma que a doutrina francesa admite a responsabilidade do Estado no serviço jurisdicional.</p> <p>Feitas as ressalvas relativas à tese central presente tanto no acórdão recorrido quanto no voto do relator, o ministro vota pelo não conhecimento do RE. Assim decide porque considera que somente duas hipóteses autorizam a responsabilidade do Estado por atos do Judiciário: “a) culpa grave ou dolo do juiz; b) culpa objetiva do serviço judiciário, não imputáveis aos magistrados, mas à incúria, negligência, desordem na manutenção e provimento dos serviços públicos da Justiça” (RE 69.568, 1970). Como a exordial não alegou</p>

	<p>nem demonstrou a ocorrência de tais situações, não caberia falar em erro judiciário indenizável.</p> <p>Sustenta ao final que mesmo defendendo a responsabilidade do Estado relativa à prestação do serviço jurisdicional, não a defende quando o prejuízo advir “das inevitáveis diferenças de interpretação ou mesmo por erros não grosseiros na aplicação da lei” (RE 69.568, 1970). Destaca que talvez tenha havido uma demora no andamento do feito e acaba por não conhecer do recurso.</p>
--	--

Data do ano de 2002 um acórdão do Supremo Tribunal Federal que reconhece que o Estado é o responsável pelos danos derivados do serviço judiciário. A ementa é esta:

Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatoria de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 228.977, 2002)

Acolhendo e utilizando-se do parecer da Procuradoria da República, o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao Recurso Extraordinário, reconhecendo que é o Estado e não a pessoa do juiz o responsável por atos oficiais. Ressalte-se que o provimento do recurso serviu para que o juiz ficasse isento da responsabilidade.

Cumprido destacar que, por ocasião do julgado acima ementado, o Supremo Tribunal Federal adotou a teoria da dupla garantia. Estabeleceu que o legitimado passivo é o Estado, assegurando que o jurisdicionado pudesse cobrar a reparação pelo dano de um ente solvente, independentemente da discussão de culpa. Concomitantemente preservou a autonomia funcional do juiz, que continuaria a exercer suas funções e a dar decisões de acordo com a lei e a sua consciência, sem temer ser acionado judicialmente.

À exceção de votos vencidos e do acórdão de 2002, toda a jurisprudência estudada está na contramão do que buscou-se defender no presente trabalho. A inovação trazida pela

doutrina não foi absorvida pelos juízes da Suprema Corte brasileira e o poder constituinte derivado não atendeu ao relatório da Comissão Revisora da Constituição. Não é por motivo diverso que a segunda turma do STF repetiu, em 2009 a mesma tese de que só em caso de erro judiciário (área penal) seria possível responsabilizar o Estado no RE 553.637.

Considerações Finais

O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro contém lógica sistêmica que permite que o judiciário possa ser responsabilizado quando causar dano ao jurisdicionado. A tarefa que cabe aos juízes é a de aproximar esse direito da realidade do cidadão. Ao longo deste trabalho, demonstrou-se que os argumentos que pesaram durante muito tempo para a irresponsabilidade estatal já não se sustentam frente à nova ordem constitucional construída em nosso país.

Viu-se que, enquanto na esfera do direito processual penal o Estado reconhece o direito do cidadão que suporta o prejuízo ter seu patrimônio recomposto, o mesmo não ocorre quando se cuida da esfera cível. Essa diferenciação não respeita requisitos básicos de justiça porque muitas vezes há danos significativos ao particular por conta da má atuação do judiciário em várias esferas, notadamente quando essa má atuação significa uma demora muito grande na entrega do serviço jurisdicional monopolizado pelo Estado. Para a esfera processual civil não estão contempladas várias hipóteses em que ocorre dano ao usuário da justiça, estando restrita à pessoa do juiz e subordinadas a condições específicas ditadas pelo artigo 133 do CPC a responsabilidade por danos.

Ao analisar-se a Constituição, a impressão que fica é a de que há sim possibilidade de se responsabilizar o Estado, principalmente tendo em conta uma interpretação sistemática da Carta da República, destacando-se o cotejo dos artigos 37, § 6º e 5º, inciso LXXVIII.

O arcabouço doutrinário buscado por esta monografia caminhou sempre no sentido de demonstrar que o instituto da responsabilidade civil do Estado tem caminhado rumo à sua ampliação. Ao analisar as observações feitas aos artigos que trataram da matéria presentes nas várias constituições do país diferidas ao longo do tempo, percebeu-se que mesmo os teóricos e comentadores apontavam, muitas vezes, para a tese esposada neste trabalho como a que mais se compatibilizaria com a ideia de República que se pretendia para o Brasil.

Para avaliar a realidade jurídico-constitucional de hoje, dois pontos importantes foram abordados ao longo do trabalho. O primeiro é entender o juiz como agente público, contemplado, portanto, na regra do artigo 37, § 6º. A expressão agente é relativamente recente dentro do histórico dos nossos textos constitucionais e representou um grande avanço e mais um argumento forte para a tese aqui defendida. A segunda é entender que a prestação jurisdicional célere é, além de ser um direito fundamental, um serviço público monopolizado pelo estado e deve cumprir, ao menos a a partir da Emenda de 1998, o princípio da eficiência.

Não dizer o direito de forma eficiente e rápida viola a própria Constituição. Trata-se não simplesmente de um ato ilícito mas também de uma inconstitucionalidade com a qual o Estado Democrático de Direito não pode compactuar. O que ocorre quando o ente estatal se exime da responsabilidade é exatamente concordar com uma situação contrária à ordem jurídica.

A parte final do trabalho permitiu que fosse observado o pensamento dos jurisprudentes mais de perto. Como viu-se, apesar dos votos vencidos, das vicissitudes legislativas e até mesmo constitucionais e de propostas de mudança por parte de alguns ministros, o tratamento que a jurisprudência deu à questão permaneceu praticamente o mesmo.

Ainda que sobre os protestos de grande parte da doutrina, o Supremo Tribunal Federal não abriu mão da sua tradição pretoriana em negar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. Mesmo que se entenda que a Corte Constitucional tem outras funções e deve buscar sempre harmonizar o direito dentro de todo o território do país com a constituição, não é justo que situações análogas, se não idênticas, como a hipótese de erro judiciário (prevista pelo Código de Processo Penal) e situações em que o erro ocorre fora da seara penal e causa prejuízos sejam tratadas de maneiras tão díspares pelos nossos juízes.

Não é raro ouvir vozes dos mais diferentes segmentos da sociedade dizendo que o processo judicial no Brasil é demorado, que há um excesso de recursos e remédios processuais que fazem com que o trânsito em julgado só ocorra após anos e anos de julgamentos e após a ação ser apreciada por decisões de várias instâncias. Algumas vezes a demora no trâmite leva, inclusive, ao perecimento do direito disputado. Por mais que se reconheça que as leis que regulam o direito processual não são perfeitas e não estão acima de retoques, é imperativo pensar na hipótese de que não há processo moroso, mas sim justiça morosa por prestação jurisdicional fora do tempo razoável.

Bibliografia

- BACELAR FILHO, R. F. (2006). Responsabilidade Civil da Administração Pública - Aspectos Relevantes. A Constituição Federal de 1988 e a questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In J. Freitas, *Responsabilidade Civil do Estado* (pp. 293-335). São Paulo: Malheiros.
- CAHALI, Y. S. (2007). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- CAMARGO, L. A. (1999). *A Responsabilidade Civil do Estado e o Erro Judiciário*. Porto Alegre: Síntese Editora.
- CARVALHO FILHO, J. d. (2009). *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CAVALCANTI, T. B. (1964). *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos.
- CAVALIERI FILHO, S. (2010). *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Atlas.
- CHIRONI, G. P. (1903). *La colpa del diritto civile odierno*. Torino: Fratelli Bocca Ed.
- CRETELLA JÚNIOR, J. (1998). *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense.
- D'ANDREA, G. (2012, november 6). *Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento*. Retrieved January 10, 2013, from Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/hist%C3%B3rico-da-responsabilidade-civil-do-estado>
- DELGADO, J. A. (1995). Perspectivas do Direito Administrativo para o Século XXI. In C. L. Rocha, *Perspectivas do Direito Público* (pp. 57-95). Belo Horizonte: Del Rey.
- DERGINT, A. d. (1994). *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- DIAS, R. B. (2004). *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey.
- FALCÃO, A. P. (1957). *Constituição Anotada*. Rio de Janeiro: José Konfino - Editor.
- FURTADO, L. R. (2010). *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum.
- JÚNIOR, O. S. (1996). *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais*. Curitiba: Juruá Editora.
- LESSA, P. (1915). *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves.
- LOUREIRO FILHO, L. d. (2005). *Responsabilidade pública por atividade judiciária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- MARINELA, F. (2011). *Direito Administrativo*. Niterói: Editora Impetus.
- MEIRELLES, H. L. (1989). *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- MELLO, C. A. (2003). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- MIRANDA, P. d. (1953). *Comentários à Constituição de 1946 Volume V*. São Paulo: Max Limonad.
- MIRANDA, P. d. (1967). *Comentários à Constituição de 1967 Tomo III*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- MONTEIRO FILHO, C. E. (2006). Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In J. Freitas, *Responsabilidade Civil do Estado* (pp. 37-65). São Paulo: Malheiros.
- NANNI, E. G. (1999). *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Editora Max Limonad.
- NUCCI, G. d. (2011). *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- OLIVEIRA, E. P. (Ed.). (2009). *Ministério Público da Paraíba*. Retrieved from Ministério Público da Paraíba: http://arquivos.mp.pb.gov.br/criminal/ant_proj.pdf
- PIETRO, M. S. (2003). *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas.
- REALE, M. (1969, Janeiro a Março). Da Responsabilidade do Poder. *Revista de Direito Público*, pp. 7-15.
- SANTOS, C. (1934). *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- SIQUEIRA, M. S. (2001). *Responsabilidade do Estado: erro judicial praticado em ação cível*. Belo Horizonte: Mandamentos.
- STOCO, R. (2011). *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- TOURINHO FILHO, F. d. (2011). *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva.

Decisões judiciais analisadas:

- RE 32.518 (Supremo Tribunal Federal, julgado em 21 de junho de 1966).
- RE 69.568 (Supremo Tribunal Federal, julgado em 17 de novembro de 1970).
- RE 70.121 (Supremo Tribunal Federal, julgado em 13 de outubro de 1971).
- RE 11.609-9 (Supremo Tribunal Federal, julgado em 5 de maio de 1989).
- RE 228.977 (Supremo Tribunal Federal, julgado em 5 de março de 2002).
- RE 553.637 (Supremo Tribunal Federal, julgado em 4 de agosto de 2009).