

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Cláudio Maldaner Bulawski

**A responsabilidade civil do Estado em face de condutas judiciais danosas:
uma análise doutrinária e jurisprudencial.**

Porto Alegre
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Cláudio Maldaner Bulawski

**A responsabilidade civil do Estado em face de condutas judiciais danosas:
uma análise doutrinária e jurisprudencial.**

Monografia apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito Civil Aplicado da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para
obtenção do grau de Especialista.

Orientadora: Profa. Tula Wesendonck

Porto Alegre
2011

RESUMO

Em um Estado Democrático de Direito, a conduta de todos os cidadãos deve ficar delimitada pelos ditames legais. Caso adotem alguma conduta contra os parâmetros normativos, devem por isso ser responsabilizados. Não deve ser diferente se o ato partir de algum dos agentes estatais. Aliás, com mais razão ainda o Estado tem de ser responsabilizado, pois como é de competência deste a edição das leis, não poderia jamais querer, em face disso, tornar-se imune ao seu conteúdo.

É nesse íterim que entra a responsabilização do Estado por atos dos magistrados. De uma hipótese de irresponsabilidade estatal, os Estados nacionais passaram a responsabilizar-se por tais condutas, seja de forma subjetiva ou objetiva. A Constituição da República brasileira de 1988 traz algumas espécies desta responsabilidade no artigo 5º, inciso LXXV. Todavia, a pergunta que deve ser feita é: são somente essas as hipóteses pelas quais o Estado se responsabiliza nas situações de atividades judiciais danosas? A resposta é negativa. Tanto a legislação infraconstitucional, que especifica algumas circunstâncias de caráter indenizatório, como a própria Constituição, que traz a cláusula geral de indenizabilidade prevista no parágrafo 6º do artigo 37, possibilitam a responsabilização por outros meios, que não unicamente por aqueles casos expressos naquele inciso.

Assim, mesmo que haja expressa menção constitucional a respeito da responsabilização extracontratual do Estado somente para os casos de condenação baseada em erro judiciário e prisão por excesso de prazo, não pode o Poder Público escusar-se da responsabilização por atos danosos que provêm de outras atividades judiciais, que não as mencionadas pelo artigo. Como exemplo de tais atividades, pode-se citar os casos de prisões cautelares indevidas, erro judiciários procedentes da esfera cível ou trabalhista, os prejuízos advindos de demora na prestação jurisdicional.

Nesses casos em que não há uma previsão legal específica, ainda que controverso na doutrina e na jurisprudência, adota-se como correta a possibilidade de se utilizar, como parâmetro legal, a disciplina do artigo 37, parágrafo 6º da carta constitucional. Isso se dá frente ao fato de ser a soberania um elemento intrínseco aos três Poderes e não somente característica provinda de atos do Poder Judiciário. Assim, não pode se eximir da indenização diante de atos que causem danos aos particulares. Ademais, o juiz é uma espécie de agente público, e, como tal, está compreendido no termo previsto no dispositivo citado.

Não obstante isso, os casos em que o magistrado responde pessoalmente por atos danosos procedentes de sua função estão caracterizados parcialmente na legislação. Fala-se parcialmente frente à circunstância de que para se concluir a respeito de tal situação, deve-se realizar uma interpretação sistemática das normas jurídicas. E, como conclusão disso, entende-se que o magistrado somente pode responder pessoalmente em ação regressiva, de modo subsidiário ao Estado, e só em casos de dolo ou fraude. A culpa, por sua vez, deve ser indenizada pelo ente estatal, não atingindo, entretanto, tal fato a pessoa do juiz.

Palavras-chave

Responsabilidade extracontratual. Estado. Atividades judiciais. Magistrados. Direito de Regresso.

ABSTRACT

In a democratic state of law, the conduct of all citizens should be outlined by the dictates of law. Any conduct against the normative parameters should therefore be held accountable. It should not be different if the act comes from some state officials. In fact, even more so the state has to be blamed because it is its jurisdiction the enactment of laws, and could never want, in the face of it, become immune to its content.

It is meanwhile that coming into the state the accountability for acts of magistrates. In the event of an irresponsible state, national states had to take responsibility for such conduct, either subjective or objective. The Brazilian Constitution of 1988 brings some examples of this responsibility in Article 5, item LXXV. However, the question that must be asked is: are these the only cases in which the State is liable in situations of judicial harmful activities? The answer is no. Both the infraconstitutional legislation, which specifies some circumstances of indemnitory aspect, as the Constitution itself, which brings the general clause on indemnity foreseen in paragraph 6 of Article 37, make possible the accountability by other means, not only for those cases set forth in that subsection .

Thus, even if there is specific mention about the constitutional state tort liability only in cases of miscarriage of justice based on conviction and imprisonment for over-run, the Government can not excuse himself from liability for harmful acts that come from judiciary activities, other than those mentioned by the article. As an example of such activities, we can cite the cases of undue precautionary arrests, judicial error coming from the civil or labor spheres , the losses arising from delay in the adjudication.

In those cases where there is no specific legal statement, although controversial in doctrine and jurisprudence, it is adopted as correct the possibility of use as legal parameter, the discipline of Article 37, paragraph 6 of the Constitution. This is faced to the fact of being an intrinsic sovereignty to three Powers and not only feature stemmed from acts of the judiciary. So, they can not avoid the indemnity to acts that cause harm to individuals. The judge also is a kind of public servant, and as such comes under the term of said device.

Nevertheless, cases in which the magistrate is personally liable for harmful acts coming from its function are characterized in part by legislation. It is told in part to the fact that before to conclude about such a situation, we should perform a systematic interpretation of legal standards. And in conclusion that, it is understood that the magistrate can only respond personally in action down, in a subsidiary way to the state, and only in cases of intentional fraud. Guilt, in turn, must be compensated by the state entity, not reaching, however, this fact the person of the judge.

Keywords

Contractual liability. State. Judicial activities. Magistrates. Right of Return.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA DOCTRINA E NA LEGISLAÇÃO NACIONAL A UMA ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO.....	9
2.1. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	9
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	14
2.2.1 A irresponsabilidade estatal.....	14
2.2.2. Concepção Civilista.....	15
2.2.3. Culpa anônima.....	16
2.2.4. A responsabilidade Objetiva.....	17
2.2.5. Teoria do Risco Administrativo.....	18
2.2.6. A teoria que o Brasil adotou.....	19
2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JUDICIAIS NO DIREITO COMPARADO.....	24
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE ESTATAL EM DECORRÊNCIA DE DANOS ADVINDOS DA ATIVIDADE JURISDICIONAL.....	28
3.1 O QUE SE ENTENDE POR ATO JURISDICIONAL.....	29
3.2 DIFERENÇA ENTRE ATO TÍPICAMENTE JUDICIAL DAQUELE QUE NÃO É ASSIM CONSIDERADO.....	31
3.3 HIPÓTESES EM QUE SE COGITA DA RESPONSABILIZAÇÃO EXTRA CONTRATUAL POR PARTE DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DA ATIVIDADE JURISDICIONAL.....	34
3.3.1 Do pleito indenizatório em matéria criminal.....	38
3.3.1.1 <i>Da necessidade de prévia revisão criminal.....</i>	<i>38</i>
3.3.1.2 <i>Da prisão cautelar.....</i>	<i>42</i>
3.3.1.3 <i>Da diferença entre erro judiciário e prisão por excesso de prazo.....</i>	<i>47</i>
3.3.1.4 <i>Da Ação meramente privada.....</i>	<i>48</i>
3.3.2. Do pleito indenizatório em matéria cível.....	49

3.3.3 A demora na prestação jurisdicional.....	57
3.4. DIREITO DE REGRESSO.....	63
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS.....	70

1 INTRODUÇÃO

O modelo de Estado adotado pela federação brasileira, qual seja, o Estado Democrático de Direito, tem, sobretudo, uma organização jurídica calcada sob os ditames legais. A lei que impera no País rege a vida de toda sociedade. Em outras palavras, os cidadãos estão subordinados ao contexto legal, não podendo realizar, a seu bel prazer, condutas que vão de encontro às leis.

Essa noção inicial de obediência às normas legais não se restringe ao particular, que está permitido de fazer o que a lei não proíbe, mas alcança os agentes públicos, na qual se encontra uma espécie mais restrita de legalidade em que só se permite fazer o que está permitido na lei. Decorrente dessas circunstâncias é a conclusão de que todos devem seguir os mandamentos legais, eis que estes, ao contrário das vontades humanas são perenes, vigendo por grandes períodos de tempo. Sob tal circunstância, caso se vislumbrasse a possibilidade de cada um postar-se do modo como seu livre arbítrio determina, poder-se-ia estar criando uma sociedade comprometida na sua estrutura organizacional, onde cada um guia-se pela maneira como entende correta.

Aliás, o Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil mostra-se operante pelo disposto no art. 5º, inciso II da Constituição Federal, que menciona que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹ Tal dispositivo demonstra bem o caráter do sistema jurídico brasileiro, um ordenamento baseado em ditames legais.

E, a partir de tal fator, começou-se a discutir, de modo ainda não tão intenso, a possibilidade de responsabilizar-se o Estado, ou em até certas circunstâncias, o próprio juiz por defeito na prestação jurisdicional. Este tema, apesar de já ter sido alvo de debates intensos em inúmeros países europeus, não atingiu o seu cume em solo nacional, havendo inúmeros questionamentos ainda sem uma resposta clara. Parte-se de uma noção de total irresponsabilidade do Estado-juiz, sob o argumento de preservação de uma das prerrogativas da Magistratura, qual seja a independência, para uma ideia de responsabilização da pessoa física do juiz, esta baseada, principalmente na estrutura do Estado de Direito, pois agindo de modo contrário à norma, também estaria sujeito às punições cabíveis aos demais cidadãos.

A evolução dos pensamentos, se é certo assim se mencionar, parte do ideal de que

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988), de 5 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 15/01/2011.

todos os cidadãos devem estar submetidos aos parâmetros legais, englobando, portanto, as diretrizes do Estado Democrático de Direito. A partir da grifada ideia, passou-se a exigir não só dos cidadãos comuns à obediência às leis, mas também, e, com a devida razão, dos representantes dos Poderes Públicos, que nada mais são do que representantes dos cidadãos, seja para o fim de assegurar os seus direitos ou para o intuito de regulamentá-los. Isso pode ser extraído inclusive do parágrafo único do art. 1º da Constituição Republicana de 1988, que assim refere: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”²

A despeito disso, com a instituição do Estado Democrático de Direito, significativo foi o aumento da importância dada ao Poder Judiciário, principalmente diante da necessidade de concretização dos direitos previstos no sistema legislativo vigente. Viu-se, com isso, todavia, o desenvolvimento de um paradoxo. Enquanto de um lado buscava-se a ajuda do órgão judicante para a perfectibilização em concreto de certos direitos, viu-se, este mesmo órgão, como objeto de demandas reparatórias em face de serviços prestados de forma defeituosa, que eventualmente, ocasionavam danos aos particulares.

Partindo-se desse contexto, pretende-se demonstrar na presente monografia um estudo a respeito da responsabilidade extracontratual do Estado, averiguando-se, inicialmente, os conceitos de responsabilidade civil, a evolução da responsabilidade civil do Estado, bem como fazendo-se uma breve análise do direito comparado sobre a responsabilidade civil dos magistrados. Posteriormente, adentrar-se-á na questão central do trabalho, que é a disciplina da responsabilização do Estado, ou mesmo dos magistrados, por atos oriundos de atividades jurisdicionais, seja o ato danoso produzido em esfera cível, ou mesmo criminal. Buscar-se-á fazer um estudo a respeito de casos não abrangidos expressamente pelo sistema normativo nacional, averiguando-se a possibilidade ou não de responsabilizar o ente estatal em tais circunstâncias. Neste ínterim, far-se-á, também, uma análise dos nossos tribunais, sejam eles Regionais, Estaduais, ou mesmo os Superiores.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988), de 5 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 15/01/2011.

2 DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA DOCTRINA E NA LEGISLAÇÃO NACIONAL A UMA ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO

2.1. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O fim maior das estruturas normativas postas dentro de um Estado Democrático de Direito é a de buscar a organização da vida social, ou seja, evitar que dentro da sociedade desenvolvam-se conflitos que posteriormente tenham de ser solucionados por um Poder diverso daquele de onde advêm as leis. Por sua vez, as normas que dizem respeito à responsabilidade civil apresentam a finalidade de alcançar a recomposição por eventuais danos causados quando da violação da estrutura jurídico-normativa protegida pelo ente estatal.

Dentro desse paradigma, nasce o famoso brocardo do Direito Romano: *neminem laedere*. Segundo ele, há um dever geral de não se lesar ninguém. Assim, como pano de fundo, há a pretensão de obediência ao sistema jurídico vigente.

Nesse contexto, para que se possa começar a organizar um conceito a respeito de responsabilidade civil, deve-se levar em conta a noção de que somente os fatos que causem repercussão jurídica é que são importantes para o estudo jurídico, pois são eles é que fazem nascer o Direito. Esses fatos são aqueles que, quando concretizados, amoldam-se a alguma previsão legislativa em abstrato, fazendo com que ela acabe incidindo sob o fato ocorrido no mundo real.

A concretização de tais fatos pode-se dar devido a acontecimentos de ordem natural, como são exemplos, a morte e o nascimento, ou mesmo em face de ocorrência de ordem voluntária, como se verifica nos casos em que a conduta humana atua de forma significativa, da qual são exemplos os atos jurídicos e os negócios jurídicos. Desta última divisão, extrai-se um importante elemento para o estudo do tema proposto nesse trabalho, tendo em vista que os atos ilícitos são fontes geradoras da responsabilidade civil.

Todavia, desde já se deve fazer a ressalva de que os fatos lícitos também podem ser situações geradoras de responsabilidade civil, mas para isso, por serem situações excepcionais, devem estar expressamente previstos em lei, da qual é exemplo clássico o dano causado em Estado de Necessidade, fato albergado pelo artigo 188, inciso II, c/c o artigos 929 e 930, todos da Lei nº. 10.406/02 (Código Civil Brasileiro). Isso é considerado por alguns

autores, contudo, um verdadeiro paradoxo: mesmo se considerando lícito o ato, há a obrigação de indenizar a conduta que causou dano na coisa alheia mesmo que seu objetivo fosse o de remoção perigo iminente.

Por outro lado, posição diversa pode ser encontrada nos escritos de renomados juristas, como é o caso de Humberto Theodoro Júnior, citado por Cavalieri Filho, que menciona não haver:

ato ilícito quando, sem embargo de ter sido intencional a prática do dano, não estiver a conduta do agente sob censura da lei. Se esta aprova ou autoriza a ação daquele que algum prejuízo impõe a outrem, não há que se pesar em ilicitude nem conseqüentemente em obrigação de indenizar. Se, mesmo assim, por especial regra de lei, alguma reparação o agente do comportamento lícito tiver que proporcionar ao prejudicado, não será a título de sanção do ato ilícito que isto se dará, obviamente.³

De outro ponto, no que tange à caracterização de ato ilícito, convém salientar que há casos em que o ordenamento jurídico acabou por realizar uma divisão. De um lado o ilícito de índole subjetiva, em que a culpa é elemento fundamental para a concretização da prática contrária ao Direito. De outro, a noção de ilicitude objetiva, em que se leva em conta unicamente a conduta ou fato em si mesmo em contrapartida à violação à(s) norma(s) jurídica(s).

No que concerne à primeira hipótese, deixa claro o teor do artigo 186 da lei civil de que a análise de culpa é fundamental para a concretização da ilicitude subjetiva, uma vez que menciona claramente os termos “negligência ou imprudência” como alguns dos seus elementos identificadores. Além disso, a referida tipificação legal apresenta um outro elemento formador típico da responsabilização subjetiva, qual seja, o dano.

Porém, o diploma normativo civil não previu unicamente uma hipótese de ato ilícito, como restou citado acima, mas sim, além do ilícito subjetivo, fez constar o chamado ato ilícito objetivo. Este pode ser extraído de uma análise conjunta do artigo 187 e do parágrafo único do artigo 927, ambos do Código Civil atual. O conceito de ilícito objetivo é mais abrangente do que o que foi acima analisado, e, como o próprio nome já diz, dispensa a averiguação da culpa, sendo determinado por limites postados nos bons costumes, boa-fé ou mesmo nos fins econômico e social apresentados pela disciplina jurídica. Além dos artigos mencionados, o ilícito objetivo também pode se encontrado nas entrelinhas do artigo 931 daquele diploma

3 JÚNIOR, Humberto Theodoro Comentários ao novo Código Civil. v. III, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003 *apud* FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 537.

legislativo.

A violação do disposto no artigo 187 acima citada ocasiona o que costuma se chamar de “abuso de direito”, que não apresenta qualquer relação com culpa, não sendo outra coisa senão a violação a padrões éticos-sociais. Como exemplo disso, e que apresenta enfoque cada vez maior na sociedade contemporânea, é circunstância de utilização abusiva da propriedade, em que apesar de não se analisar uma conduta humana culposa geradora de um dano, baseia-se na ordem de valores existentes em uma dada sociedade, que pela análise da situação em concreto, vislumbra-se ser geradora de um ilícito. Exemplo utilizado pela doutrina é o caso da negativa de estabelecimento de ensino em emitir o documento necessário à transferência de aluno, por falta de pagamento de mensalidades. Como a ordem jurídica possibilita meios para reaver os valores não pagos pelo estudante, abusiva essa retenção dos documentos pelo simples inadimplemento das mensalidades escolares. (CAVALIERI, Programa de Responsabilidade Civil, 157).

Ademais, o abuso de direito, diferentemente do ato ilícito com análise do elemento culpa não pressupõe necessariamente a ocorrência do dano. Sob o ponto, leciona Cavalieri Filho:

isso importa dizer que ilicitude configuradora do abuso de direito pode ocorrer sem que o comportamento do agente cause dano a outrem. Nem por isso essa ilicitude será desprovida de sanção. O ordenamento jurídico muitas vezes admite sanções distintas da obrigação de indenizar. Ora a sanção será a nulidade do ato, ora a perda de um direito processual ou material, e assim por diante.⁴

Assim, a partir da verificação de que tanto os atos lícitos, mas principalmente os ilícitos podem ser fontes geradoras do ressarcimento de índole civil, defendem os autores que a responsabilidade civil é conteúdo integrante do Direito das Obrigações. É por tal motivo que se diz que ao lado do contrato, da lei e da declaração unilateral de vontade, encontra-se o ato ilícito como fonte geradora de obrigações civis.

Transpassada a abordagem de que nem todos os acontecimentos são importantes para a análise jurídica, a situação de que somente alguns deles são circunstâncias geradoras de responsabilidade civil e tendo-se em conta o ideal dirigente da responsabilidade civil, qual seja, a noção de *restitutio in integrum*, efetivada quando possível, tece-se abaixo alguns comentários a respeito do conceito de responsabilidade civil que vem sendo adotado pela doutrina.

4 CAVALIEIRI, Programa de Responsabilidade Civil, p. 11.

No entender de Sílvio de Salvo Venosa, o emprego do termo responsabilidade dá-se diante de um ato, fato ou mesmo negócio jurídico danoso que demanda reparação por parte do produtor de tal ato. Assim, a expressão responsabilidade civil abrangeria o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar. (VENOSA, Direito Civil, vol. 4, p. 13).

Do texto acima transcrito, consegue-se extrair uma diferença relevante: a da que coloca de um lado a responsabilidade extracontratual, tema que é objeto do presente trabalho, e de outro a responsabilidade contratual. Apesar de ambas serem situações merecedoras de particular enfoque, o estudo ora realizado limita-se à matéria de ordem extracontratual, que é tema cada vez mais frequente na realidade social.

É de bom alvitre ressaltar, entretanto, que há situações *in concreto* que desafiam os juristas, onde há extrema dificuldade para se delimitar a linha divisória entre a responsabilidade contratual ou extracontratual. Em face disso, os que são adeptos à teoria unitária, tecem críticas sob a divisão ora tratada, eis que para eles, pouco interessa como se demonstra a responsabilidade civil no mundo jurídico, pois que os efeitos de ambas as responsabilidades seriam uniformes. Nesta questão, um dos recentes diplomas do ordenamento jurídico brasileiro que acabou por superar essa dicotomia existente entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, foi o Código de Defesa do Consumidor, que, conforme ressalta Cavalieri Filho, acabou por equiparar, em seu artigo 17, todas as vítimas de acidente de consumo. (CAVALIERI, Programa de Responsabilidade Civil, p. 16).

Assim, diante da busca pela definição de um conceito, José de Aguiar Dias salienta que:

o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil. Seu fundamento deveria, pois, ser investigado em função daquele interesse, que sugere, antes de tudo o princípio da prevenção, [...] em todas as teorias, guiadas, inconscientemente, salvo a verificação de alguns autores, pelo referido princípio, o que se procura é escolher quem deve suportar o dano. [...] A distribuição do ônus do prejuízo atende, primordialmente, ao interesse da paz social.⁵

Observou Rui Stoco que se fosse possível realizar um resumo a respeito do que se entende por responsabilidade civil, poder-se-ia dizer que “traduz a obrigação da pessoa física

5 DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil, 7. ed. São Paulo: Forense, vol. 1-2, 1983 *apud* KRAEMER, Eduardo. A responsabilidade do Estado e do Magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 22.

ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso na lei.”⁶

Consoante se verifica pela análise dos conceitos transcritos, há uma série de elementos dispostos pelos autores, que, apesar de apresentarem muitos pontos de interligação, cada autor apresenta uma série particular de circunstâncias caracterizadoras da responsabilidade civil. Diante do árduo trabalho de conceituar o que venha a ser a responsabilidade civil, não se tem o fito de, através desse trabalho, querer encerrar qualquer discussão neste aspecto, até porque, como bem observou Pontes de Miranda, a conceituação de tal situação advém do aspecto social, que, na sociedade moderna, sofre constantes modificações quase que dia a dia.

Todavia, utilizando-se os dados em comum apresentados pelos doutrinadores, busca-se a elaboração de um conceito do que viria ser a responsabilidade civil. Poder-se-ia dizer ser ela uma obrigação resultante da violação de uma norma jurídica qualquer em que está presente, ainda que de forma implícita, o dever jurídico de não lesar, tendo sido o ato praticado, ou se deixado de atuar (nos casos omissivos), por uma pessoa, seja ela física ou jurídica, em que há ocorrência de dano para alguém.

Na tentativa de conceituação acima elaborada, abrangem-se tanto os atos lícitos, mas também, e principalmente, os atos ilícitos, que são as principais fontes geradoras da obrigação de indenizar, ficando necessário, em ambos os casos, a ocorrência do dano.

Aliás, segundo bem lecionou Rui Stoco, o novel dispositivo 186 do Código Civil de 2002, buscando corrigir um erro da lei civil de 1916, cometeu um novo erro. Não obstante o novo código exigir a presença da violação da lei “e” do dano, para o autor “só a violação do direito já caracteriza o ato ilícito, independentemente de ter ocorrido o dano.” Segundo ele, diante de uma análise conjunta dos artigos 186 e 927, percebe-se a errônea formulação redacional do primeiro, pois que, o segundo, que trata da noção de responsabilidade civil, menciona que será responsabilizado civilmente quem pratica ato ilícito, causando dano a alguém. Finalizando esse entendimento, o jurista destaca que “o art. 186 caracteriza apenas um cláusula geral de ilicitude. {...} Para que ocorra a responsabilidade e surja o dever de indenizar há de aderir à ilicitude do ato um dano.”⁷

Após a tentativa de formulação do conceito de responsabilidade civil, busca-se abaixo reconstruir as fases da evolução histórica da responsabilidade civil do Estado.

6 STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 116.

7 STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 121.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Também conhecida como responsabilidade da Administração Pública, termo, entretanto, que provoca uma série de críticas tendo-se em vista que a Administração Pública não possui personalidade jurídica, não sendo, portanto, sujeito de direitos e obrigações na ordem civil. Por isso, o termo técnico que melhor representa a situação é o da responsabilidade civil do Estado, uma vez que é este, ou então as pessoas jurídicas que o representam, quem detém capacidade para responder passivamente pelos prejuízos causados ao particular.

Ultrapassada tal delimitação técnica, passa-se a analisar os momentos pelos quais a responsabilidade estatal passou até chegar como é hoje aceita.

2.2.1 A irresponsabilidade estatal

Na época em que os Poderes eram exercidos pelo monarca, qual seja, no período absolutista, o Estado era regido pelo princípio da irresponsabilidade. Segundo menciona Cavalieri Filho, “*retratam muito bem essa época as tão conhecidas expressões: 'O rei não erra' (The king can do no wrong), 'O Estado sou eu' (L'État c'est moi), 'O que agrada ao príncipe tem força de lei (...)'*.”⁸

Nessa época, segundo descreve o autor, os administrados não detinham ação contra o Estado em si, a tendo somente contra os servidores da Administração. Contudo, como na maioria das vezes os servidores restavam insolventes, o particular prejudicado acabava por não ser ressarcido, restando infrutífera a sua reivindicação frente ao ente estatal. Aliás, essa diferenciação da responsabilização civil feita entre funcionário e o próprio ente político resultava da ideia de que Estado e servidor não se confundiam, razão pela qual se entendia que mesmo que este exercesse as funções de modo abusivo, não obrigava, por tal fato o Administrador.

Sob tal aspecto, Cahali apresenta algumas justificativas para a ideia de irresponsabilidade do Estado. Segundo ele, a irresponsabilidade estaria ligada a três postulados básicos: em primeiro momento, a noção de soberania estatal; num segundo ponto, cabendo ao Estado a exclusividade de dizer o direito, não poderia ser ele considerado violador desse mesmo direito; e por fim, os atos danosos, praticados de forma contrária à lei pelos

8 CAVALIERI, Programa de Responsabilidade Civil, p. 228.

funcionários, jamais poderiam ser considerados atos do Estado. (CAHALI, Responsabilidade Civil do Estado, p. 20-21).

Essa teoria, todavia, segundo afirma José dos Santos Carvalho Filho, não deteve aceitação por um período considerável de tempo. Segundo o autor, a teoria da irresponsabilidade estatal acabou sendo substituída pela do Estado de Direito, onde não só os direitos, mas também os deveres foram equiparados às demais pessoas jurídicas. (FILHO, Manual de Direito Administrativo, p. 522).

A despeito da resistência de alguns conservadores, a abordada teoria foi perdendo força ao longo dos anos, principalmente por passar-se a entrelaçar nos próprios argumentos que repeliam a necessidade de indenização. Como bem expõe Sérgio Cavalieri, “a teoria da irresponsabilidade era a própria negação do direito. De fato, se no Estado de Direito o Poder Público se submete à lei, a responsabilidade estatal é simples consequência lógica e inevitável dessa submissão.”⁹

Com isso, sendo o Estado dotado de direitos e obrigações como as demais pessoas jurídicas, não há motivos que pudessem vir a justificar sua irresponsabilidade. Partindo-se da premissa de que cabe ao Estado a defesa dos direitos do cidadão, inegavelmente contraditória seria a conduta que o irresponsabilizasse civilmente por atos danosos aos seus administrados.

Com o declínio da teoria da total irresponsabilidade, começa-se a se desenvolver a chamada teoria civilista, em que há uma considerável aproximação com a concepção privada de responsabilidade civil. Os elementos constantes nessa fase serão abaixo desenvolvidos.

2.2.2. Concepção Civilista

Segundo menciona Eduardo Kraemer, lembrando os ensinamentos de José de Aguiar Dias, a presente teoria funda-se na distinção entre atos de gestão e atos de império. Diante da prática destes o Estado restaria irresponsável, desinteressando-se para os fins ora estudados. Somente teria importância para fins de responsabilidade civil os atos praticados sob a forma de atos de gestão, que mesmo nessa situação, haveria ainda a necessidade de se comprovar a culpa do funcionário público. (KRAEMER, A responsabilidade do Estado e do Magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional, p. 40).

Sob tal ponto, menciona Celso Antônio Bandeira de Mello, que a responsabilidade

9 CAVALIERI, Programa de Responsabilidade Civil, p. 228.

estatal teve por marco, alheio a qualquer texto legislativo, “o famoso aresto Blanco, do Tribunal e Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873, ainda que nele se fixasse que a responsabilidade do Estado não é geral, nem absoluta e que se regula por regras especiais.”¹⁰ Chama-se atenção o fato de que somente muitos anos após, qual seja, em 1946, é que os Estados Unidos da América vieram a admitir a responsabilidade civil por parte do Estado, através do *Federal Tort Claims Act*.

Como se consegue extrair do que foi exposto linhas acima, essa concepção fundava-se tanto na culpa do funcionário, como nos princípios da responsabilidade por fato de terceiro, funcionando como base para diversas modernas teorias relativas à responsabilidade patrimonial por parte dos entes públicos. Entretanto, como as questões que envolvem a responsabilidade estão sempre em constante modificação, com a finalidade de abarcar uma gama imensa de situações, e diante da circunstância de que esta teoria assim não a faz satisfatoriamente, pelo menos em nível de responsabilização estatal, foi sendo lentamente abandonada.

Frente à ineficácia da teoria em comento perante certas situações, passou a jurisprudência francesa a construir uma concepção que abrangesse não só a noção de culpa tradicional trazida pela teoria civilista, passando a englobar também a noção de falta do serviço, conforme será abaixo delimitado.

2.2.3. Culpa anônima

Perpassando-se pelo ideário de que a atividade desenvolvida pelo funcionário faz parte da atividade da própria pessoa jurídica, não havendo que se falar em bipartição de responsabilidade, mas devendo-se entender como abrangidas por uma unidade, evoluiu-se do conceito de culpa individual para o de culpa anônima ou *impessoal*. Passou-se a falar em culpa do serviço ou falta de serviço (*faute du service*), quando se está defronte a um serviço que não funciona ou funciona de modo errôneo, mal.

A grifada teoria traz a possibilidade de responsabilizar o Estado pela mera ausência de prestação estatal em determinada situação, ou então, em decorrência da demora da prestação do serviço, claro, desde que tais atos originem um dano deles decorrentes. Os franceses vislumbravam o Estado como um prestador de serviços. Entretanto, não há um desapego à base subjetiva da teoria civilista, mas sim uma alteração na forma de interpretação da mesma,

10 MELLO Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, *apud* CAVALIEIRI, Programa de Responsabilidade Civil, 2009, p. 228-229.

sempre se tendo por base a noção publicista do direito, “tendo como pautas a inexistência, o funcionamento inadequado ou o retardamento de um serviço público.”¹¹

Ainda nesse ponto, Cavalieri salienta que determinados autores julgam serem termos sinônimos a culpa anônima e a responsabilidade objetiva. Porém, citando a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, afirma aquele autor que a noção de culpa anônima é baseada ainda na culpa, mesmo que não seja necessária a identificação do agente causador do dano. De acordo com os ensinamentos do professor Bandeira de Mello, para que a vítima seja albergada pela responsabilidade estatal, bastaria a ela demonstrar a prestação de serviço defeituosa, ou mesmo a falha na prestação estatal. (CAVALIERI, Programa de Responsabilidade Civil, *apud* MELLO, Curso de Direito Administrativo, 2009, p. 230).

Do nome dado a essa proposição já se consegue extrair o seu direcionamento, qual seja, o fato de ser dispensável a prova nominal de certo funcionário pelo ato praticado, ou então pela ausência de tal ato. Basta que se constate que o dano causado ao particular originou-se de funcionário que integra os quadros da Administração Pública, sendo desnecessário o apontamento do responsável.

Por fim, cabe salientar que em casos em que a prova da culpa é de extrema dificuldade admitir-se-ia que fosse utilizada a forma de culpa presumida, cabendo ao órgão estatal a comprovação de que a atividade a ele atribuída foi desempenhada de forma idônea. Se assim não conseguir se comprovar, será ele responsável pela indenização, desde que presentes os demais requisitos da responsabilidade civil, quais sejam, dano e nexos causal.

Na ordem cronológica de evolução das teorias, chega-se naquela em que a análise da culpa por parte do Estado é irrelevante para fins de atribuição de sua responsabilidade. A esta proposição deu-se o nome de “responsabilidade objetiva”, da qual se tratará a partir de agora.

2.2.4. A responsabilidade Objetiva

Nessa fase de evolução da teoria da responsabilidade civil do Estado, faz-se desnecessário qualquer enfrentamento da questão da culpa ou não do funcionário. Dispensável também uma análise de culpa em razão de possível falha ou má prestação do serviço. Diante disso, será responsável o ente estatal pelo simples ato de ter causado dano ao seu administrado, ainda que o ato praticado seja lícito, bastando que entre o dano e a conduta haja um nexos de causalidade.

11 SEVERO, Sérgio. Tratado da responsabilidade pública. São Paulo: Saraiva, 2009, *apud* NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Curso de Direito Administrativo. 10º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 240.

A teoria ora abordada foi construída sob um ideal que tinha em seu fim diminuir a diferença dos poderes entre a Administração Pública e seus administrados. Sendo aquela mais forte política, econômica ou mesmo juridicamente, não seria justo que os particulares tivessem que realizar um relevante esforço para ter de comprovar a culpa do Estado para só então ser beneficiado pela indenização que lhe fosse cabível.

Sob a afirmação de ser o Estado mais poderoso, em qualquer das órbitas acima referidas, começou-se a desenvolver uma teoria que buscava responsabilizá-lo em razão das atividades que eram por ele desempenhadas. Em face da existência de uma maior quantidade de poderes a ele atribuídos, buscou-se ampliar o rol de sua responsabilidade, estipulando-se, em contrapartida àqueles, um risco maior quando da prestação das atividades, ocasião em que se apresentou a “Teoria do Risco Administrativo”, calcada em fatores da responsabilidade objetiva.

2.2.5. Teoria do Risco Administrativo

Pensada inicialmente pelo autor francês Léon Duguit, a presente teoria tem seu sustentáculo no pensamento de que as atividades estatais, sejam elas normais ou anormais, gerem uma probabilidade de dano aos integrantes da sociedade. Dessa forma, como esse risco do mesmo modo como afeta a todos de forma positiva, pela prestação de serviços por parte do Estado, também o faz de forma negativa, eis que no caso de eventual ocorrência de um dano serão os próprios administrados que deverão arcar com os prejuízos. Por isso, como lógica desse sistema, sendo o ente estatal representante de todos, a ele cabe suportar o ônus que daí advir, sem qualquer análise de culpa, tendo em vista que esta teoria origina-se nas raízes da teoria objetiva.

Aliás, tal pensamento pode ser encontrado nos escritos de Cavalieri Filho, nos quais salienta que a teoria busca trazer à baila uma noção de socialização dos riscos, em que se prima pela igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos. Segundo o autor, “é a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública.”¹²

Por sua vez, ressalta José dos Santos Carvalho Filho, baseado nos estudos de Diógenes Gasparini e Hely Lopes Meirelles, a diferença da estudada teoria para a Teoria do Risco Integral. De acordo com ele

12 CAVALIERI, Programa de Responsabilidade Civil, p. 232.

no risco administrativo, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação que concerne a sua obrigação de indenizar. Por conseguinte, a responsabilidade civil decorrente do risco administrativo encontra limites.¹³

Por outro lado, referindo-se ao risco integral, o renomado autor leciona que a responsabilidade “sequer depende do nexo causal e ocorre até mesmo quando a culpa é da própria vítima. Assim, por exemplo, o Estado teria que indenizar o indivíduo que se atirou deliberadamente à frente de uma viatura pública.”¹⁴

Assim, pelo que se consegue extrair da diferença exposta, vislumbra-se de que a teoria do risco integral é uma doutrina que leva ao extremo a responsabilidade do Estado e, se adotada, possivelmente levaria ao abuso por parte dos administrados. Nela irá se indenizar o particular, além da culpa exclusiva da vítima, consoante o exemplo supramencionado, também nos casos de fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

2.2.6. A teoria que o Brasil adotou

Após se ter realizado uma explanação a respeito da evolução das teorias sobre o tema da responsabilidade civil por parte do Estado, passa-se, a partir de agora, brevemente a verificar por quais desses períodos o Estado brasileiro perpassou. O que se pode desde logo afirmar é que o desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil brasileira se dá de modo bastante semelhante a dos países desenvolvidos do ocidente.

Da lição de Cavalieri Filho, extrai-se o fato de o Estado brasileiro não ter enfrentado a fase de total irresponsabilidade, pois segundo o renomado jurista, mesmo que não existisse em determinada época correspondente reprodução legislativa, o Brasil a tomava como princípio geral e fundamental de Direito. (CAVALIERI, Programa de Responsabilidade Civil, p. 233).

No que concerne à primeira Constituição Republicana, datada de 1824, pode-se perceber pelo teor disposto no artigo 178, XXIX a possibilidade de responsabilização dos empregados públicos: “Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente

13 GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1992 *apud* FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 524.

14 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993 *apud* FILHO, 2009, p. 524.

responsáveis aos seus subalternos.”¹⁵ Idêntico dispositivo foi reproduzido na Constituição de 1891, mais especificamente no seu art. 79, mantendo a tradição de responsabilização dos agentes por atos abusivos ou omissivos.

Apesar dos meandros do dispositivo parecer guiar a responsabilidade para conduta de índole pessoal do servidor, Cavalieri Filho ressalta que eles jamais foram utilizados com o fim de excluir a responsabilidade por parte do Estado. Eram sim entendidos como se houvesse uma obrigação solidária por parte do Estado frente à conduta de seus empregados, que somente poderiam ser punidos no caso de comprovação da culpa, em qualquer uma de suas modalidades (negligência, imperícia ou imprudência). (CAVALIERI, Programa de Responsabilidade Civil, p. 233).

No que tange ao Código Civil de 1916, pertenceu à fase civilista da responsabilidade estatal. Neste diploma legal, a responsabilização do Estado pelos atos de seus agentes exigia a prova de que os mesmos teriam ido de encontro com o ordenamento jurídico vigente. O aduzido pensamento encontra-se representado pelo disposto no artigo 15 da lei civil de 1916:

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.¹⁶

Segundo bem recorda Yussef Said Cahali, a redação que foi dada a este dispositivo, apresentando mais de um sentido, acabou por desenvolver um debate na doutrina da época, pois que, segundo os estudiosos, o artigo conteria implicitamente a responsabilidade de índole objetiva, que brotara entre os franceses no início daquele século. Porém, para o autor, no contexto individualista em que foi criado o Código, unicamente nos casos em que ocorriam dolo ou culpa do funcionário-representante é que se haveria de falar em responsabilidade estatal.(CAHALI, Responsabilidade Civil do Estado, p. 31).

Por outro lado, no artigo 171 da Constituição de 1934, encontrava-se a responsabilidade solidária do servidor público com o Estado. Além disso, exigia em seus parágrafos a citação daquele como litisconsorte na demanda. O artigo mencionado vai abaixo colacionado:

Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a

15 BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil (1824), de 25 de março de 1824. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 15/01/2011.

16 BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 05/02/2011.

Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

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

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.¹⁷

A despeito da primeira constituição republicana já ter trazido normas de responsabilização do Estado brasileiro por atos que viessem a prejudicar os cidadãos, foi somente com a Constituição Federal de 1946, em seu artigo 194 que a apareceu, pela primeira vez em matéria constitucional, a responsabilidade estatal objetiva. Tal dispositivo foi assim redigido:

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

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.¹⁸

A ideia central desse artigo foi, quase que de forma idêntica, levado a efeito na Constituição de 1967 (art. 105) e na Emenda Constitucional de 1969 (art. 107). Interessante observar-se que desde a Constituição de 1946, perpassando-se por essas duas e vindo a culminar na Carta Magna de 1988, o elemento “culpa” está previsto para o caso de ação regressiva da Administração contra o funcionário. Entretanto, não se cogita de tal componente para o caso de responsabilização da entidade pública.

A Carta Política de 1988, buscando aprimorar o que já vinha sendo tratado desde 1946 nas Constituições do Brasil, posicionou-se a respeito da responsabilidade civil do Poder Público no seguinte sentido:

Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Do artigo, pode-se extrair o fato de ter a Carta Fundamental incluído dentre um dos responsáveis pelos atos de seus agentes (termo mais amplo do que o de funcionário), além das pessoas jurídicas de direito público, já presentes nas cartas anteriores, as pessoas jurídicas de

17 BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934), de 16 de julho de 1934. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 15/01/2011.

18 BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946), de 18 de setembro de 1946. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 15/01/2011.

direito privado, desde que prestadoras de serviço público. Esse foi um importante alargamento dado à responsabilidade civil do Estado, eis que com tal norma poderá se responsabilizar as entidades privadas, tais como concessionárias ou permissionárias que estejam no desempenho de alguma atividade de relevo público.

Defende Rui Stoco que a Constituição atual adotou a teoria do risco administrativo mitigado ou moderado. Repudia a possibilidade de nela de ter sido inserida a teoria do risco integral, onde a Administração Pública teria de indenizar os danos causados, ainda que houvesse causas excludentes, tais como o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima. Observa, entretanto, que há duas exceções no nosso ordenamento jurídico em que foi adotada a teoria do risco integral, quais sejam, o caso de danos nucleares (art. 21, XXIII, “d”, da Constituição Federal) e os danos causados por atentados terroristas, condutas de guerra, ou circunstâncias semelhantes praticadas contra aeronaves brasileiras de transporte aéreo público (Lei nº. 10.744/03). (STOCO, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 995).

Não obstante a discussão que tomou conta da doutrina e jurisprudência por significativo período de tempo, para se saber se a Carta de 1988 teria adotado a teoria do risco administrativo, ou então a do risco integral, refere Cahali que tal discussão perdeu o seu sentido. Segundo o autor,

deslocada a questão para o plano da causalidade, qualquer que seja a qualificação que se pretenda atribuir ao risco como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado – risco integral, risco administrativo, risco-proveito -, aos tribunais se permite a exclusão ou atenuação daquela responsabilidade quando fatores outros, voluntários ou não, tiverem prevalecido na causação do dano, provocando o rompimento do nexo de causalidade, ou apenas concorrendo como causa na verificação do dano injusto.¹⁹

Por outro lado, no que tange à responsabilização diante da conduta omissiva, a situação pode-se apresentar de modo distinto. Nessa circunstância, o Estado tende a ser punido de forma subjetiva, ou seja, sob a análise da culpa. Carlos Roberto Gonçalves, lembrando os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, salienta que

a 'omissão' do Estado em debelar o incêndio, em prevenir enchentes, em conter a multidão, em obstar ao comportamento injurídico de terceiro, terá sido 'condição' da ocorrência do dano, mas 'causa' não foi e, assim, a

19 CAHALI, Responsabilidade civil do Estado, p. 41.

responsabilidade do Estado será subjetiva.²⁰

Concluindo a respeito do tema, ainda que haja certa divergência, pode-se citar que a atividade administrativa prevista no artigo 37, § 6º da Constituição atual pode ser tanto comissiva como omissiva. Chama-se a atenção, contudo, que neste caso somente haverá a imputação objetiva do encargo diante do fato de ser a omissão causa direta e imediata do dano, bem como estando no dever legal de evitá-lo.

Exemplo clássico a respeito do tema é a hipótese de condenado pela justiça evadir do abrigo carcerário e meses após vir a cometer um delito. Ora, há realmente omissão estatal no momento em que evitou a fuga do preso, porém, o crime cometido período de tempo significativo após essa data não pode a ele ser imputado objetivamente. Circunstância completamente distinta diz respeito à situação em que este mesmo criminoso evade-se da cadeia e, para lograr-se da fuga, pratica homicídio e danos a patrimônios em sequência.

É de bom alvitre salientar ainda, a existência de outra responsabilidade estatal subjetiva defendida pela doutrina, que é aquela encontrada nos casos em que há pactuação de um acordo, ou seja, há a chamada responsabilidade contratual. Sob o ponto, leciona Rui Stoco:

não se há de esquecer que a responsabilidade do Estado poderá decorrer de uma relação contratual, quando houve inadimplemento da avença firmada com o particular (ou com qualquer outra entidade pública), ou de qualquer de suas cláusulas. Neste caso a Administração equipara-se ao particular por efeito de responsabilização e sua responsabilidade será subjetiva. Se a obrigação for de resultado, a culpa será presumida para qualquer das partes, desde que este não foi conseguido.²¹

Nesta responsabilidade, ante mesmo do nascimento do fato originário da indenização, há uma confecção da relação jurídica, em que impera o princípio da autonomia da vontade, primado das relações contratuais, direcionado pela fusão das regras de direito público e de direito privado. Este vínculo é o que a diferencia da responsabilidade aquiliana (extracontratual), eis que nesta não existe qualquer forma de pactuação anterior.

Por fim, na evolução legislativa a respeito da responsabilidade estatal brasileira, chega-se à publicação do Código Civil de 2002, que em seu artigo 43 assim salienta:

20 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos, RT, 552/11-20 *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 140.

21 STOCO, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 996.

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.²²

A norma transcrita apresentou-se um pouco mais enxuta do que a prevista em nível constitucional, eis que restringiu às “pessoas jurídicas de direito público interno”, tendo sido retirado o termo “pessoa jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público”. Embora exista essa diferença entre os artigos, observa-se que ambos abarcaram o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, embasada na teoria do risco administrativo mitigado, sendo, portanto, indiscutível atualmente a noção objetiva de responsabilidade perante a Administração Pública. A culpa, nesses dois diplomas, somente passa a ser analisada no momento em que há regresso da Administração em face do ato danoso praticado por seu agente, ou então no caso de culpa anônima advinda daquela, em que há mau funcionamento do serviço, funcionou tardiamente ou não funcionou.

Por fim, salienta-se a lição exposta por Sérgio Severo, para o qual

a objetiva da responsabilidade pública, por seu caráter inovador, suscita problemas jurisprudenciais e doutrinário, cuja solução nem sempre se mostrou satisfatória, porém corresponde a uma tendência observada além de nossas fronteiras.²³

Realizada a análise da evolução da teoria da responsabilidade do Estado, passa-se abaixo a abordar o tratamento dado à responsabilidade civil por danos procedentes de atividades judiciais no direito comparado.

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JUDICIAIS NO DIREITO COMPARADO

A preocupação com a responsabilidade civil do Estado por atos dos juízes no direito estrangeiro remonta aos primórdios da humanidade. Fazendo uma evolução no tempo das ordenações que pela primeira vez trouxeram tais preocupações, Vilson Rodrigues Alves menciona como uma das primogênicas a Lei das XII Tábuas, lançadas no antigo Direito Romano. Segundo o autor, foi o início de uma série de normas que vieram a tratar sobre o assunto, perpassando-se pelo Direito Justinianeu, Idade Média, Ordenações Manuelinas e

22 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 05/02/2011.

23 SEVERO, Tratado da responsabilidade pública, p. 59.

Filipinas, até se chegar nos contornos mais recentes das legislações extravagantes que tratam do tema. (ALVES, Responsabilidade civil do Estado, p. 71-73).

No Direito italiano, após a publicação da Constituição de 1947, efervesceu entre os juristas o debate a respeito da responsabilidade civil do Poder Público diante de danos causados pelas atividades jurisdicionais. Porém, de acordo com Yussef Cahali, foi somente no ano de 1988, com a edição da Lei nº 117, de 13.04.88, que expressamente, uma legislação veio a retratar o tema do ressarcimento por danos causados nas funções jurisdicionais e responsabilidade civil do juiz, norma que se originou de um *referendum* popular, realizado um ano antes. (CAHALI, Responsabilidade civil do Estado, p. 510).

Essa legislação, segundo Ruy Rosado, em suma previu as seguintes situações: a) responsabilidade do Estado por danos causados por dolo, culpa grave ou denegação de justiça; b) responsabilidade do Estado e do juiz em caso de crime cometido por este no exercício da sua função; c) possibilidade de ação regressiva do Estado frente ao servidor que praticou a atividade danosa; d) juiz que tem sua conduta analisada em uma ação indenizatória não pode ser chamado à lide, podendo, entretanto, intervir em qualquer fase ou grau do processo; e) somente poderia ser proposta a ação após o esgotamento dos meios ordinários de impugnação e no prazo decadencial de dois anos. (JÚNIOR, A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, p. 22-24).

Ademais, segundo menciona Wilson Alves, os casos de denegação de justiça previstos no Direito italiano, teriam como fundamento a “obrigação que o Juiz tem de compor o processo em conformidade com a lei, e essa, entre outras, atribui-lhe a obrigação de velar pela rápida solução do litígio, como no Brasil estatui o Código de 1973, art. 125, II.”²⁴

Por derradeiro, Rui Stoco salienta ainda que a Lei 89 de 24.03.01 (“Lei Pinto”) introduziu no Direito italiano a possibilidade de responsabilização extracontratual do Estado no caso de descumprimento à duração razoável do processo, podendo ser ele punido pelos danos morais ou materiais ocasionados às partes (STOCO, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 1082).

No que tange ao Direito francês, explica Ruy Rosado que a partir de 1521 desenvolve-se o instituto da *prise à partie*, o qual possibilitou

“a responsabilização pessoal dos Juízes pelos danos cometidos no exercício da função, cabível quando houvesse dolo, fraude, concussão ou erro evidente erro de fato ou de direito, regulado substancialmente pela Ordenação de Luiz

24 ALVES, Wilson Rodrigues. Responsabilidade civil do Estado. Tomo 2. Campinas: Bookseller, 2001, p. 78.

XIV, de 1667.”²⁵

Por sua vez, relata Yussef Cahali que desde a década de setenta

“há uma legislação que determina a responsabilidade do Estado pelo *fonctionnement défectueux du service de la justice*, ou seja, pelo 'funcionamento defeituoso do serviço da justiça' (quando da ocorrência de uma culpa grave ou de denegação da justiça).”²⁶

Neste ponto, ainda lembra Rosado que a Lei nº 70/643, alterou o Código de Processo Penal a fim de regulamentar a indenizabilidade do Estado por danos ocorridos por prisão preventiva em que o réu foi absolvido ao final da instrução criminal, desde que a detenção tivesse ocorrido por dano manifestamente anormal e de significativa gravidade. (JÚNIOR, A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, p. 27)

Além disso, Vilson Alves refere que há ainda na França o caso em que o “Estado garantirá às vítimas o ressarcimento dos danos causados por *erro profissional do magistrado*.”²⁷

Por fim, com a edição da Lei Orgânica da Magistratura, de 18.01.79, foi estabelecida que a

ação de responsabilidade contra o magistrado não pode ser exercitada senão por ação regressiva do Estado, perante uma secção civil da Corte de Cassação. Com isso, desapareceu o processo de *prise à partie* para os Juízes ordinários e se ampliou o campo de responsabilidade direta do Estado também pelas faltas pessoais dos Juízes.²⁸

Já, no Direito espanhol, ressalta Ruy Rosado que a Lei Orgânica do Poder Judiciário, de 1º.07.85, além de prever a reparação aos casos de prisão preventiva indevida, apresenta como de responsabilidade direta e objetiva do Estado circunstâncias que reúnam os seguintes elementos:

a) um comportamento danoso, qualificável como erro judiciário ou como funcionamento anormal da administração da justiça, independentemente de culpa ou caso fortuito; dano injusto, isto é, o que o lesado não está obrigado a suportar; c) a relação de causalidade.²⁹

Por fim, de acordo com a lição de Vera Lúcia R. S. Jucovsky, nos casos em que ocorra

25 JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 02/08/2011, p. 26.

26 CAHALI, Responsabilidade civil do Estado, p. 510.

27 ALVES, Responsabilidade civil do Estado, p. 76.

28 JÚNIOR, A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, p. 28.

29 Ibidem, p. 29,

dano advindo de demora na prestação jurisdicional, tanto em Portugal como em outros países europeus, o Poder Público pode vir a ser responsabilizado por atos de seus juízes nos casos em que ocorra “a denegação da justiça resultante da recusa, omissão ou atraso do magistrado no cumprimento dos seus deveres funcionais.”³⁰

30 JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S.– Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999 *apud* STOCO, 2007, p. 1086.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENTE ESTATAL EM DECORRÊNCIA DE DANOS ADVINDOS DA ATIVIDADE JURISDICCIONAL

Como se vislumbrou acima, diante da evolução histórica realizada, foi se o tempo em que os Estados Nacionais não se responsabilizavam pelos atos dos seus agentes. Circunstância esta, entretanto, que nem chegou a ocupar espaço no território brasileiro, tendo em vista que em momento algum da história nacional, o Estado brasileiro esquivou-se de indenizar danos causados por seus agentes, sendo exigido, no máximo, comprovação de culpa para que assim se prosseguisse (Teoria Subjetiva).

Todavia, ainda que todos estes argumentos sejam verdadeiros, verossímil também é a situação que a Constituição Federal hoje vigente não expôs de forma expressa a afirmação de que o Estado responsabilizar-se-ia pelos atos dos juízes. Antes que se faça uma crítica a essa observação, ressalta-se que se tem conhecimento do disposto no art. 5º, LXXV, da atual Magna Carta, que retrata o seguinte: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”³¹

Tal artigo engloba, todavia, uma pequena parcela da atividade judicial, qual seja, a que envolve o erro judiciário e a prisão por excesso de prazo. A despeito disso, antes mesmo da edição da Carta Federativa de 1988, tanto a doutrina como a jurisprudência já haviam abordado casos oriundos da atividade judiciária causadores de danos aos particulares, mas que não se amoldavam à hipótese prevista na Constituição Vigente nem mesmo nos parâmetros do artigo 630 do Código de Processo Penal e no do artigo 133 do Código de Processo Civil.

Não foi por outro motivo que, no ano de 1992, a Comissão Revisora da Constituição Federal, propôs a inserção da afirmação da responsabilidade civil do Estado por atos dos juízes, que assim restou transcrito no Relatório:

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 terceiros por juízes no exercício de suas funções, assegurando-se o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou fraude. (...) 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

³¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988), de 5 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 15/01/2011.

legitimadores da responsabilidade do Estado. (...) A introdução, pois, do proposto § 3º do art. 95 do texto constitucional é corolário do próprio modelo de responsabilidade da Magistratura que se quer implanta, assentada em dois vértices: 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.”³²

Vê-se, portanto, que o tema objeto do presente trabalho já tomava espaço nas discussões dos membros competentes para a revisão do texto constitucional, mas que acabou não rendendo frutos, uma vez que a ideia por eles trazida não foi inserida na Constituição da República.

Diante disso, o que já estava em ebulição no cenário jurídico começou a tomar contornos cada vez maiores, como, por exemplo, questionamentos a respeito do termo “erro judiciário”, pois era comumente usado apenas na esfera criminal. Por sua vez, começou-se a indagar se os elementos configuradores do dever de indenizar previstos na cláusula geral do artigo 37, § 6º da Carta constitucional poderiam também ser usados para os danos resultantes da atividade judicial, eis que o artigo 5º, LXXV, do mesmo diploma legal, que traz hipóteses específicas de responsabilização do Estado já apresentava elementos próprios para a indenização.

Assim, esses foram alguns dos inúmeros questionamentos que foram aflorando durante o transcorrer dos anos, que serão objetos de análise nesta monografia, sem, todavia, ter nenhuma pretensão em esgotá-los, apenas apresentando novos argumentos para o fortalecimento do debate. Adentra-se abaixo no cerne de tais discussões.

3.1 O QUE SE ENTENDE POR ATO JURISDICIONAL

Entende-se por jurisdição a manifestação do poder do Estado. E, sendo assim, variará conforme for o fim social, político e propriamente jurídico do Estado de qual emana. Essa atividade jurisdicional, segundo leciona Fredie Didier Jr.:

é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em discussão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).³³

32 CAHALI, Responsabilidade civil do Estado, p. 470-471.

33 JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil. 1 Vol. 12. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2010, p. 83.

Estes elementos, segundo o mencionado autor, são os que mais se amoldam ao modelo de Estado de Direito que hoje subsiste na maioria dos países.

Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, ressaltam que a jurisdição

é o poder do Estado de aplicar e realizar o Direito de maneira autoritativa com irreversibilidade externa de seus provimentos. No Estado Constitucional, sem descuidar da eficácia direta dos direitos fundamentais materiais e processuais sobre o problema debatido em juízo e da possibilidade de controle de constitucionalidade das leis e do ato normativo em geral pelo Poder Judiciário, tendo por objetivo realizar a justiça do caso concreto³⁴.

Existem alguns atos jurídicos, que para produzirem efeitos, necessitam de uma manifestação judicial que os autorize. É aqui que entra uma das tormentosas questões do direito processual civil, qual seja, a caracterização ou não da jurisdição voluntária como jurisdição. A jurisdição voluntária atua na fiscalização e na integração da prática destes atos para o fim de que possam produzir os resultados que deles se esperam, sendo, em regra, considerado um processo judicial necessário.

Apesar de não ser a matéria processual civil tema objeto do presente estudo, faz-se necessária uma rápida apresentação desse assunto, até mesmo pelo fato de se poder qualificar esta hipótese como espécie geradora de indenização cível em decorrência de atividade judicial ou não.

Sobre o tema, há uma clara divisão doutrinária. De um lado estão aqueles que consideram que a jurisdição voluntária não deve ser considerada como jurisdição propriamente dita, posição esta representada por Cândido Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, entre outros. Do outro, ainda minoritária, estão aqueles que defendem ser a jurisdição voluntária verdadeira jurisdição, apresentando-se como expoentes desta corrente Calmon de Passos, Ovídio Baptista, etc.

Entendem os representantes da primeira corrente que a jurisdição voluntária, em suma, não se caracteriza como jurisdição pelos seguintes fundamentos: Inicialmente, salientam ser uma atividade administrativa, funcionando o juiz como administrador de interesses privados. Relatam ainda, que atividade produzida não seria jurisdicional, pois que não há lide. Afirmam também, que não há que se falar em ação e em processo, mas sim em requerimento e em procedimento. Por fim, aduzem que não há partes, mas sim interessados, bem como seria atividade que não produziria coisa julgada.

34 MARIONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 95.

De outro lado, há a chamada corrente “jurisdicionalista”, mais moderna, que considera ser a jurisdição voluntária uma atividade tipicamente jurisdicional. Os defensores desta posição alegam que existe lide na jurisdição voluntária, citando como exemplo, as ações de interdição e de retificação de registro civil. Defendem também a existência de partes e não meramente interessados, assim como da formação da coisa julgada.

Tendo-se como base os argumentos acima dispostos, e, a despeito de tratar-se ou não de atividade judicial tipicamente caracterizada, percebe-se que certos atos, para a sua plena produção de efeitos, necessitam que sejam homologados judicialmente. Em razão disso, seria injusto realizar uma diferenciação entre a jurisdição contenciosa e a voluntária para fins de responsabilização do Estado por atos judiciais advindos de uma ou de outra espécie. A responsabilização estatal, nas “duas jurisdições”, origina-se de atos danosos praticados pelo magistrado, ou ainda outras pessoas, contra o particular no âmbito de um processo, seja qual modalidade for, contencioso ou voluntário.

Se assim não fosse entendido, poder-se-ia encaixar a situação em outra modalidade de responsabilidade do Estado? Para esta pergunta, crê-se numa resposta negativa, pois como já restou afirmado, a jurisdição voluntária advém de atos praticados em um processo judicial, e como tal, deve ser encarada como uma das hipóteses de responsabilidade por parte do Estado em decorrência da atividade judicial. Ademais, os diplomas normativos que dispõem a respeito dos casos em que há responsabilização por atos do juiz (tratados mais adiante), não fazem qualquer diferenciação entre ser a jurisdição contenciosa, ou então voluntária.

3.2 DIFERENÇA ENTRE ATO TIPICAMENTE JUDICIAL DAQUELE QUE NÃO É ASSIM CONSIDERADO

Outro assunto preliminar, mas de fundamental importância para a análise das hipóteses de responsabilização do Estado por atos advindos da atividade judicial é saber se há alguma diferença entre atividade judiciária, considerada sob um panorama administrativo do Poder Judiciário e ato judicial propriamente dito.

Grifa-se a importância de tal diferenciação principalmente pelo fato de que a atividade jurisdicional, a partir dos contornos da Revolução Francesa, vem sofrendo considerável aumento em suas funções essenciais. Essa maior abrangência deveu-se ao fato de que o Poder Judiciário passou a atuar não somente nas soluções dos conflitos num sentido formal, mas sim a assegurar materialmente os direitos sociais.

Com a adoção do Estado Democrático de Direito, a importância que se dava

anteriormente ao Poder Legislativo em detrimento do Judiciário, principalmente com o brocardo adotado por Montesquieu de que o juiz seria meramente a boca da lei, começou a mudar lentamente. Tal panorama surgiu face às inúmeras questões que o Poder Legislativo não conseguia englobar na edição de sua atividade legislativa, pois era praticamente infrutífera a atuação com o fim de atender a todos os cidadãos.

Com isso, aumentou-se de modo considerável a atuação do Poder Judiciário nas demandas sociais, pois o que era tarefa primordial do Legislativo, com a edição das leis, e conseqüentemente do Executivo, com a concretização dos serviços sociais à população, devido a inércia desses acabou por bater às portas daquele poder. É com base neste contexto que se origina um dos termos que frequentemente entra nos debates tanto por parte da doutrina, como por parte da jurisprudência, qual seja: a “judicialização das políticas públicas”.

Faz-se toda essa explanação com o intuito de mencionar que o alargamento da responsabilidade do Poder Judiciário frente às demandas sociais trouxe consigo, como consequência, uma maior responsabilidade por parte do Estado no caso de danos que advenham de tais condutas. É dentro deste ideário de alargamento das funções do Estado-juiz, que cabe analisar o tema proposto.

A diferenciação prevista neste ponto do trabalho tem o fim de antecipar um debate que será levado a efeito em tópico a seguir. Para alguns autores como José dos Santos Carvalho Filho e Juarez Freitas, a responsabilidade por atos danosos provindos da atividade jurisdicional propriamente dita não poderia ser objeto de responsabilidade objetiva, como assim o seriam os casos de atividades administrativa do magistrado, bem como os casos expressos na legislação nacional. Para eles, tais atos danosos, desde que não expressos nas normas jurídicas, ou não seriam ressarcíveis pelo Estado, ou assim só seriam em casos excepcionais com a comprovação do elemento subjetivo.

Entretanto, para outra parte dos juristas como Yussef Cahali e Vilson Rodrigues Alves, os atos jurisdicionais típicos que causem dano ao particular e que não estejam expressos nas normas positivas nacionais, poderiam gerar responsabilidade objetiva do Estado. No entanto, isso se daria com base na cláusula geral de responsabilidade dos agentes públicos, que, como se ressaltou, será analisada adiante.

Segundo se manifesta significativa parcela da doutrina, as funções jurisdicionais propriamente ditas, diferentemente dos atos praticados pelos agentes públicos de um modo geral, apresentariam requisitos e características especiais que deveriam ser analisados quando da fixação da responsabilidade. A atividade judicial propriamente dita dependeria de um espaço de liberdade interna do juiz, juízo de valor, que lhe garantisse a possibilidade de

escolher entre as diversas opções oferecidas, em que se apresenta diante das partes como terceiro independente e imparcial. Essa atividade ocorreria tanto no processo de conhecimento, como no cautelar, ou mesmo no de execução, abrangendo qualquer ato advindo do magistrado na condução de um processo judicial.

Sobre o tema, posiciona-se Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

Além da atuação do juiz, compreende a atividade que o Estado necessariamente deve desenvolver no processo para dar cabo do seu dever de prestar a jurisdição, através do pessoal de Cartório e auxiliares da justiça. Fica restrita à atividade exclusivamente processual, porquanto o mais de sua atuação administrativa cai no âmbito do princípio geral da responsabilidade do Estado.³⁵

Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho, destoando em parte do conceito de Rosado, entende que as atividades desempenhadas por auxiliares da justiça produziriam atos judiciários e não judiciais, sendo que estes seriam “aqueles praticados pelos magistrados no exercício da respectiva função. São, afinal, os atos processuais caracterizadores da função jurisdicional, como os despachos, as decisões interlocutórias e as sentenças.”³⁶

Não se distanciando do que os autores acima mencionam, Eduardo Kraemer, diferenciando a responsabilidade civil dos atos tipicamente judiciais dos demais, ressalta que

o importante é, isto sim, definir que a eventual responsabilidade pela deficiente prestação jurisdicional deve ter por base atos praticados em autos processuais. Os demais atos praticados pelos juízes, caso causem prejuízos, ensejam a responsabilidade buscada na responsabilidade do Estado, com base nos princípios que norteiam a responsabilidade em geral.³⁷

Assim, pelo que se consegue perceber, como regra geral os atos danosos de atividade tipicamente judicial seriam aqueles advindos de desídia, dolo ou fraude do juiz na condução do processo, na publicação de decisões, sejam elas despachos ou sentenças. Ressalva-se, contudo, a posição de Ruy Rosado, que aduz ser a atividades exercidas pelos servidores judiciais, quando da condução de um processo, como sujeitas a mesma regência normativa.

Analisada a questão do que se entende por ato tipicamente judicial, passa-se agora ao enfrentamento do que venham a ser os atos não tipicamente judiciais, bem como a demonstração de alguns exemplos deles.

35 JÚNIOR. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, p. 42.

36 FILHO, Manual de Direito Administrativo, p. 545.

37 KRAEMER, A responsabilidade do Estado e do Magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional, p. 65

Dentro desta segunda característica dos atos procedentes do Poder Judiciário podem-se inserir tanto os que são oriundos de atividades administrativas, como aqueles que se amoldam ao conceito de ato funcional, que digam respeito à atuação do magistrado fora do processo. Estas situações, diferentemente daquela exposta acima, parece não desenvolver maiores questionamentos no seio doutrinário quando da ocorrência de dano a algum particular. Aqui, deve-se seguir a responsabilização objetiva, com a aplicação do artigo 37, § 6º da Constituição Federal. A aplicação deste diploma legal se dá de forma objetiva ainda que o juiz tenha agido de forma culposa, pois que ele, aqui, estará atuando como se agente público fosse, desprovido de suas características específicas.

Exemplificando a situação exposta, José dos Santos Carvalho Filho traz o caso em que o “juiz retarda, sem justa causa, o andamento de processos; ou perde processos por negligenciar sua guarda; ou deixa indevidamente, de atender o advogado das partes; ou ainda pratica abuso de poder em decorrência de seu cargo.”³⁸

Outro exemplo, clássico da atividade administrativa do magistrado, é o daquele profissional que, além da atividade desempenhada frente aos seus processos, acumula ainda a função de diretor do foro. Nesta circunstância, caso o juiz venha a cometer algum ato danoso contra o particular, nesta função diretiva, deverá, ainda assim, o Estado responsabilizar-se por tal conduta. Entretanto, aqui não há que se falar em atividade judicial propriamente dita, sendo inviável a sua equiparação às hipóteses antes referidas, devendo-se aplicar, por isso, ao ato indenizatório, os ditames do artigo 37, § 6º da Carta Constitucional.

Dessa forma, todas essas condutas de índole mais administrativa dão ensejo, desde que haja comprovação do dano e do nexos causal, ao dever indenizatório do Estado, sem excluir, por óbvio, a responsabilidade funcional do magistrado. Aqui, diferentemente das hipóteses em que há a responsabilização do Ente Público pelos danos advindos diretamente de atividades tipicamente judiciais, este, quando do exercício do direito de regresso (que será adiante abordado com mais vagar), poderá o fazer tanto nos casos de dolo, fraude, ou mesmo de simples culpa, consoante determinação do próprio dispositivo constitucional. Desde já, adiante-se que esta última situação não estará presente quando se analisar o direito de regresso perante a pessoa do juiz por atos referentes à condução de processos.

3.3 HIPÓTESES EM QUE SE COGITA DA RESPONSABILIZAÇÃO EXTRA CONTRATUAL POR PARTE DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DA ATIVIDADE

38 FILHO, Manual de Direito Administrativo, p. 547.

JURISDICIONAL

Perpassando-se os olhos pela legislação brasileira, não se tem grandes dificuldades em encontrar situações em que há responsabilização do Estado por atos provindos da atividade judicial. Tais dispositivos podem ser encontrados tanto na Constituição Federal, no Código de Processo Civil, assim como no Código Civil, Código de Processo Penal e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN). Essas situações, e outras que não estão expressas na legislação nacional, serão abordadas nas linhas que se seguem.

Inicia-se a averiguação de tais hipóteses pelo que dispõe a Carta Maior. Este diploma legal, no artigo 5º, inciso LXXV, apresenta circunstâncias em que se responsabilizará o Estado tanto em ato danoso decorrente de erro judiciário, como também no caso em que o preso ficar encarcerado por tempo superior ao fixado na sentença.

De frente a uma breve leitura, vislumbra-se que tal dispositivo já apresenta um termo caracterizado de significado genérico, cabendo-se ao intérprete sua concretização, qual seja, “erro judiciário”. Entra-se aqui num tema fixado sob um solo extremamente movediço, uma vez que há grandes divergências na doutrina sobre a conceituação e quais elementos seriam passíveis de integrarem o erro judiciário. Fica mais saliente ainda a divergência quando entra em debate a análise sobre o erro judiciário na esfera cível, que não vem mencionado expressamente pela norma constitucional.

Sobre o assunto, Ruy Rosado, menciona que

o erro judiciário ocorre por equivocada apreciação dos fatos ou do Direito aplicável, o que leva o Juiz a proferir sentença passível de revisão ou rescisão. Pode decorrer de dolo ou culpa do Juiz, de falha do serviço ou até mesmo, se produzir fora de qualquer falta do serviço público. (...) O erro pode estar em sentença proferida em qualquer jurisdição ou instância, a despeito de estar comumente associado à sentença criminal.³⁹

Dessa forma, pelo conceito exarado pelo nobre jurista, extrai-se que deveria haver a inclusão de circunstância que não está expressamente previstas na Constituição Federal, mas que pela lógica do serviço jurídico deveria também se abordada, qual seja, o erro judiciário ocorrido nas esferas cíveis.

Para Luiz Antonio Soares Hentz, as principais causas de erros judiciários poderiam ser agrupadas em um grupo de seis situações. Cita inicialmente o erro ou ignorância; o dolo, simulação ou a fraude, bem como o erro judiciário decorrente de culpa. Aduz ainda, que

39 JÚNIOR. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, p. 47-48.

poderiam se encaixar à hipótese a decisão contrária à prova dos autos, o erro provocado não imputado ao julgador, a errada interpretação da lei e, por fim, o erro judiciário decorrente da aplicação da lei. (HENTZ, Indenização do erro judiciário, p. 29-39).

Apresentando entendimento que vai de encontro ao esboçado acima por Hentz, Ruy Rosado destaca como uma das causas exonerativas da responsabilidade do Estado “decorrer o dano de má interpretação dada pelo Juiz à lei”.⁴⁰ Segundo o doutrinador, casos em que estão presentes conceitos indeterminados e cláusulas gerais acabam por atribuir à figura do magistrado um amplo aspecto decisório, que não se poderia se considerar ato passível de indenização enquanto não se pudessem classificá-lo como arbitrário, qual seja, se fundar em decisão baseada em atos não suportados pelo sistema jurídico vigente.

Por sua vez, Wilson Rodrigues Alves, abordando a questão, assim se pronuncia:

na perspectiva do *error in iudicando*, observou-se incorre nele o julgador que, lastreado, em falso dado acerca do ato ilícito condena injustamente, e, bem por isso, de regra tem-se a sentença de condenação injusta como exemplo protípico do erro judiciário. Esse “dado falso” pode respeitar a ponto de fato, ou a ponto de direito, ou a *quaestio facti*, ou a *quaestio iuris*, ou a fundamento fático, ou a fundamento jurídico.⁴¹

De outro lado, Rui Stoco, a respeito do *error in iudicando* se posiciona da seguinte forma: “o julgador não se posta em condição parelha ao agente público da Administração Pública, nem pode responder por *error in iudicando*, senão e apenas por *error in procedendo*.”⁴²

Pelo que se consegue extrair das delimitações conceituais mencionadas, cada autor apresenta certos elementos que entendem ser configuradores do erro judiciário, não havendo precisão terminológica a respeito do assunto. Porém, deve-se fazer uma importante consideração nesta parte dos debates. Não se pode querer atribuir contra o julgador uma ação indenizatória cível somente pela má interpretação ou erro de apreciação da lei, sob pena de retirar dele um dos princípios basilares da magistratura – o da independência funcional. Somente se poderia cogitar em responsabilizá-lo no caso de haver uma conduta grave, uma falta inaceitável, uma violação anormal aos padrões de comportamento judiciários.

Deve-se salientar que há certos autores que colocam, ainda na condição de erro judiciário, a prisão cautelar e o excesso de prazo, que serão abordados em tópico distinto, eis que distintos do termo usado pela Constituição Federal.

40 JÚNIOR. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, p. 51-52.

41 ALVES, Responsabilidade civil do Estado, p. 113.

42 STOCO, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 1070

Com o fim de demonstrar a ausência de pacificidade sobre os elementos qualificadores do “erro judiciário”, é de boa índole referir a distinção realizada por Rui Stoco frente ao termo “erro judicial”. De acordo com o autor, a doutrina utiliza aquela denominação para disciplinar o erro ocorrido em processo criminal e previsto nos artigos 5º, LXXV, da Constituição Federal e no 630 do Código de Processo Penal. (STOCO, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 1061).

Salienta ainda o jurista, que a nomenclatura de “erro judicial” é adotada relativamente aos danos causados às partes por atos judiciais oriundos de meras falhas ou erros não intencionais concretizados pelos magistrados, desprovidos de qualquer incidente culposo. Haveria aqui, para o autor, responsabilidade do Poder Público, mas apenas em caráter excepcional.

Para que se pudesse falar em responsabilidade civil no caso, Stoco aduz que o dano deveria ter relação efetiva com um erro derivado de um juiz. Em um segundo momento, o reconhecimento desta condição deveria ficar demonstrado em ação rescisória. Por fim, ministra informações no sentido de que nessas situações, a ação de indenização decorrente de erros involuntários ou não intencionais causadores de danos só poderia ser intentada contra o Estado, por falha do serviço e não pessoalmente em face do julgador. (STOCO, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 1061).

Ademais, adotando outra forma classificatória, Carlos Alberto Ghersi ressalta que

este pressuposto de responsabilidade do Estado-juiz concretiza-se com a prolação da sentença, definitiva ou não, e pode obedecer tanto à percepção equivocada das particularidades de ordem fática, que faça o julgador, como à forma de subsumir estas nas normas jurídicas para a decisão do caso, ou ainda à aplicação inadequada dos textos legais. Adverte-se, então, que o erro pode ser de fato ou de direito.⁴³

Nesta distinção exposta, Ghersi entende que se presente o erro de fato, haveria necessidade de se configurar a responsabilidade civil do Estado, mas não a do magistrado pessoalmente.

Tecidas algumas das diferenciações lançadas pela doutrina a respeito do assunto, passa-se abaixo a analisar a matéria tanto no âmbito criminal, como no cível.

43 GHERSI, Carlos Alberto. Responsabilidad de los Jueces Y Juzgamiento De Funcionarios. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2003 *apud* Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 1072.

3.3.1 Do pleito indenizatório em matéria criminal

No que se refere à matéria criminal, coube ao artigo 630 do Código de Processo Penal tratar do tema. Este dispositivo assim é descrito:

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

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

§ 2º A indenização não será devida:

- a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;
- b) se a acusação houver sido meramente privada.⁴⁴

A respeito de tal dispositivo, não se encontram fortes resistências por parte da doutrina, principalmente diante do fato da própria norma constitucional possibilitar a indenização do particular pelos danos decorrentes da sentença criminal. Apesar disso, por se tratar de um tema que ainda gera muitos debates entre doutrina e jurisprudência, sempre há um detalhe em que há colisão de ideias e, no caso, diz respeito a real necessidade de se ingressar com a revisão criminal para o fim alcançar a indenização no juízo cível, assim como à possibilidade ou não de o Estado indenizar um prejuízo oriundo de uma prisão cautelar. Por último, ainda faz-se necessária uma diferenciação entre erro judiciário e prisão por excesso de prazo.

3.3.1.1 Da necessidade de prévia revisão criminal

No estudo realizado por Kraemer, destaca que autores consagrados como Giovanni Ettore Nanni, Augusto do Amaral Dergint e Luiz Augusto Soares Hentz entendem não ser necessária a prévia desconstituição do julgado para fins de se alcançar a pretensão ressarcitória. Nos ensinamentos dos doutrinadores, haveria a possibilidade de se ajuizar a ação indenizatória ainda mesmo diante da existência da coisa julgada, eis que a demanda reparatória não atingiria a coisa julgada por apresentar objeto diverso da causa anterior. (KRAEMER, A responsabilidade do Estado e do Magistrado em decorrência da deficiente

44 BRASIL. Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 15/07/2011.

prestação jurisdicional, p. 90).

Neste mesmo sentido, posiciona-se Yussef Cahali ao dispor que “a preterição do pedido incidente na revisão criminal, ou a própria inexistência de uma prévia revisão criminal, não deve constituir óbice para o exercício da ação indenizatória por erro judiciário.”⁴⁵

Na visão de Ruy Rosado,

havendo sentença com trânsito em julgado, é pressuposto do pedido indenizatório o prévio desfazimento daquele ato, a ser obtido através da rescisão, no juízo cível, nos caves do art. 485 do CPC, e de revisão no juízo criminal (art. 621 do CPP). No crime, a lei autoriza ao Juiz da revisão a deliberação sobre a verba indenizatória; no cível, nada impede a cumulação de pedidos.⁴⁶

No mesmo sentido é a visão de Juary C. Silva, para o qual parece que “a sentença transitada em julgado seja pré-condição essencial no atinente à caracterização dessa responsabilidade, em todas as hipóteses em que ela decorrer de sentença de mérito.”⁴⁷

Para Eduardo Kraemer, far-se-ia necessária a desconstituição do julgado (cível ou crime) antes de se buscar uma demanda indenizatória. Segundo ele, há dois motivos básicos que impediriam a ação reparatória enquanto ainda persistente a coisa julgada:

- a) ação de responsabilidade por deficiente prestação jurisdicional não pode ser substituída de instrumentos processuais colocados à disposição das partes;
- b) não-ajuizamento da ação desconstitutiva não permite a substituição da parte a quem deveria recair o ônus da reparação pelo Estado.⁴⁸

Para ele, entretanto, no caso de ficar constatado um ato de improbidade por parte do magistrado, prescindível seria a interposição de uma ação rescisória ou revisional para se imputar ao Estado um evento indenizatório. Neste caso surgiria um novo pressuposto lógico a ensejar a reparação, qual seja, a incidência das regras referentes à improbidade administrativa. Assim, ainda que o cidadão não pudesse ingressar diretamente com a demanda contra o ímprobo, estaria configurada a responsabilidade do Estado pela deficiente prestação jurisdicional. (KRAEMER, A responsabilidade do Estado e do Magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional, p. 91).

Outro interessante caso citado pelo magistrado gaúcho é a circunstância em que não

45 CAHALI. Responsabilidade Civil do Estado, p. 475-476.

46 JÚNIOR. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, p. 51.

47 SILVA, Juary C. Responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos. São Paulo: Saraiva, 1985 *apud* STOCO. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, 2007, p. 1050.

48 KRAEMER, A responsabilidade do Estado e do Magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional, p. 90.

existe a possibilidade de ação rescisória, como ocorre, por exemplo, com o artigo 59 da lei dos juizados especiais (Lei nº. 9.099 de 1995). Nesta situação, a demanda indenizatória seria a opção restante ao prejudicado para intentar contra o Estado a busca pelos seus direitos. Isso ocorreria, entretanto, nos erros originários em demandas cíveis, que serão abaixo abordadas, tendo sido a norma silente a respeito da viabilidade ou não da propositura de ação revisional criminal, nos Juizados Especiais Criminais. No que tange a este silêncio, a doutrina penal posiciona-se da seguinte forma:

se a própria Lei 9.099/95, no art. 59, proibiu a dedução de ação rescisória apenas em relação às decisões proferidas no Juizado Especial Cível, silenciando em relação aos Juizados Criminais, parece evidente que, implicitamente, admitiu a possibilidade da revisional nesta sede.⁴⁹

Por sua vez, no que concerne à possibilidade de se buscar a indenização somente com a comprovação de erro, a existência de nexos causal e o dano, Ruy Stoco faz uma relevante intervenção. Isto se daria no caso de permanência do sentenciado por mais tempo do que o necessário na prisão, circunstância em que o erro poderia decorrer de má realização do cálculo, ou diante de incorreto critério de apuração da pena. Contudo, nessa hipótese o erro não decorreria de decisão de mérito, mas sim de incidente localizado na execução penal, o que acaba por se distinguir, em certo ponto, das hipóteses aqui tratadas. (STOCO, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 1050).

Dessa forma, apesar dos dois pontos de vista expostos acima estarem, de ambos os lados, apoiados em renomados doutrinadores, adota-se como mais adequada, para os fins deste estudo, a posição que entende ser necessária a existência de prévia desconstituição do julgado através da revisão criminal antes mesmo de se buscar o pleito indenizatório na esfera cível. Conjugam-se desta tese pelo fato de se entender que a obrigação somente se torna certa após o reconhecimento realizado pelo Tribunal no sentido da necessidade desconstituição do julgado e consequente indenização pelos prejuízos sofridos.

Além disso, ressalta-se ser a atuação no plano cível de caráter meramente subsidiário à criminal, não se havendo como existir a concomitância de um pleito indenizatório enquanto ainda válida coisa julgada ofertada em certa demanda criminal. Ademais, faltaria competência ao juízo cível para decidir sobre a existência ou não de erro judiciário no processo criminal.

Não obstante, devem-se destacar aqui os procedimentos que não permitem a realização de demandas rescisórias, como muito bem definido por Kraemer linhas acima, ocasião em que

49 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal Esquematizado. São Paulo: Método, 2009, p. 1160.

o particular não pode restar prejudicado, possibilitando-se, assim, que sejam interpostas ações reparatórias de modo direto.

É de boa índole mencionar recentes julgados do Tribunal de Justiça Gaúcho, os quais coadunam com a ideia aqui defendida, salientando a necessidade de prévia demanda revisional para o fim de se alcançar a ação indenizatória no juízo cível:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO JUDICIÁRIO. REVISÃO CRIMINAL. RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO. FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. FATO GRAVE. CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. **1.O dever de indenizar e a responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul já restou reconhecida nos autos da revisão criminal nº 70012499000**, restando a fixação do quantum indenizatório, sendo que aquela é de ordem objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, no termos do § 6º, do art. 37 da CF. 2.O reconhecimento da responsabilidade civil do demandado não importa na conclusão de que houve equívoco jurisdicional na prolação da sentença. Com efeito, verifica-se que o grave erro que ocasionou a prisão indevida do autor se deve a não realização do exame de DNA por um método seguro, o qual, na época, não era custeado pelo Estado. 3.A partir daí, exsurge o dever de ressarcir os danos daí decorrentes, como o prejuízo imaterial ocasionado, decorrente da dor e sofrimento da parte autora em razão da injusta imputação que lhe foi feita, decorrente do induzimento por parte de agentes públicos no reconhecimento como autor de delito que não praticou, restando atingido o seu direito à liberdade por largo lapso temporal. 4. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as conseqüências da conduta do demandado, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta ilícita do demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. 5. O valor da indenização a título de dano moral deve levar em conta questões fáticas, como as condições econômicas do ofendido e do ofensor, a extensão do prejuízo, além quantificação da culpa daquele, a fim de que não importe em ganho desmesurado. 6.Releva ponderar, ainda, que, quando da ocorrência de um dano material, duas subespécies de prejuízos exsurgem desta situação, os danos emergentes, ou seja, aquele efetivamente causado, decorrente da diminuição patrimonial sofrida pela vítima; e os lucros cessantes, o que esta deixou de ganhar em razão do ato ilícito. 7.Não é juridicamente possível indenizar expectativa de direito, tendo em vista que os prejuízos de ordem material devem ser devidamente comprovados, o que não ocorreu no caso em tela. Dado parcial provimento ao apelo. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, A.C. 70041625179, Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 2011). Grifo não presente no original.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. ART. 621, I, DO CPP. CONDENAÇÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. NÃO-CONFIGURAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Para que reste caracterizada a hipótese de condenação contrária à

evidência dos autos, há de exsurgir da decisão combatida a total ausência de qualquer elemento probatório capaz de sustentar a condenação. Não se pode confundir revisão criminal, que tem requisitos específicos para o seu ajuizamento, com novo recurso de apelação.

2. Tendo o Tribunal do Júri afastado a tese da legítima defesa por cinco votos a dois, não cabe ao Tribunal a quo, em revisão criminal, reconhecer a legítima defesa, uma vez que o objetivo dessa ação é assegurar a correção de um erro judiciário, o que não ocorre quando sobre a prova haja uma interpretação aceitável e ponderada.

3. Recurso especial conhecido e provido, para restabelecer a decisão proferida pelo Tribunal do Júri. (REsp 1022546/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 18/05/2009). Grifo não presente no original.

A partir das jurisprudências referidas acima, bem como diante dos ensinamentos trazidos por grande parte da doutrina, consegue-se perceber a necessidade de prévia desconstituição da demanda crime antes de se ingressar com uma demanda reparatória cível. Tal fato deve, principalmente, à independência das instâncias cíveis e criminais na competência da análise de seus julgados, assim como da coisa julgada criminal que ainda continuaria em vigor, caso não rescindida.

No que se refere ao assunto por ora debatido, há ainda uma questão a ser abordada de suma importância. Se há necessidade da parte prejudicada de propor demanda revisional para que se possa buscar um pleito indenizatório na justiça cível, o mesmo não se pode afirmar no que diz respeito a eventuais terceiros prejudicados, eis que a coisa julgada em um processo somente atinge as partes nele relacionadas.

Dessa forma, segundo defende Rui Stoco, se terceiro se sentir lesado com o caso concreto, poderia intentar demanda reparatória independentemente de sua desconstituição prévia, tendo em vista que a ação originária continuaria a produzir efeito entre as partes que foram objeto do litígio. É bom que se esclareça, entretanto, que aqui, no entender do autor, não se estaria diante de uma situação típica de erro judiciário no padrão em que foi abordado linhas acima. (STOCO, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 1050).

3.3.1.2 Da prisão cautelar

Ainda que não haja maiores divergências a respeito do dispositivo criminal antes mencionado, o mesmo não se pode dizer da questão que envolve a possibilidade de o particular pleitear a demanda reparatória em casos de danos provenientes de prisões cautelares. A dissonância na hipótese decorre da interpretação do inciso LXXV do artigo 5º da Constituição Federal. Para alguns juristas, este artigo, ao mencionar que o prejudicado poderia

ajuizar uma demanda indenizatória nos casos de “condenação” por erro judiciário, bem como em situações que ficar preso por tempo além do fixado na “sentença”, teria direcionado o intérprete a concluir que os danos provindos de atividades judiciárias somente justificariam indenização com a conclusão do processo.

Representando a corrente daqueles que inadmitem a ação de indenização do particular contra o Estado nas situações de prisão cautelar, pode-se mencionar a lição de Cavalieri Filho, ao mencionar que

o decreto judicial de prisão preventiva, quando suficientemente fundamentado e obediente aos pressupostos que o autorizam, não se confunde com o erro judiciário a que alude o inc. LXXV do art. 5º da Constituição da República, mesmo que o réu ao final do processo venha a ser absolvido ou tenha sua sentença condenatória reformada na instância superior.⁵⁰

Contudo, com a devida vênia, tal entendimento não deve ser adotado como mais correto. Em princípio, a concretização de uma prisão cautelar, ainda que ao final do processo sobrevenha a absolvição do réu, não pode ser considerada causa geradora de um pleito indenizatório contra o Estado. Apenas poderia ser considerada passível de originar uma ação ressarcitória por danos materiais, ou mesmo morais, no caso de ter sido expedida de forma manifestamente ilegal.

Pense-se num caso, por exemplo, em que um cidadão venha a ser preso indevidamente de forma preventiva, ou mesmo temporariamente, e que tal prisão acabe por ocasionar um dano a ele. Tende a parecer óbvio que não precisaria esperar o término do processo para que somente então pudesse postular uma indenização, até porque o fato ocorreu antes da sentença, não tendo o dano relação direta com ela.

Com o fim de ratificar os argumentos trazidos à baila, grifa-se o que leciona Vilson Rodrigues Alves:

Em se dando, nessa linha de raciocínio, prisão preventiva injusta, ou porque a injustiça decorrer da inexistência dos pressupostos de sua decretabilidade, ou porque, verificada a falta de motivo a sua subsistência, nela manteve-se a pessoa, a indenizabilidade estatal é inarredável, como o é em se tratando de prisão em flagrante indevida.⁵¹

Ainda no sentido da possibilidade reparatória cível de danos oriundos da prisão preventiva, ensina Ruy Rosado que

50 CAVALIERI, Programa de responsabilidade civil, p. 262

51 ALVES, Responsabilidade civil do Estado, p. 120.

devemos incluir no âmbito da reparação civil a prisão preventiva, quando ilegal, e a legal de quem veio a ser finalmente absolvido com fundamento na categórica negativa da existência do fato ou da autoria ou pelo reconhecimento da ilicitude do comportamento.⁵²

Esclarecendo os conceitos, Rui Stoco refere que

prisão indevida não significa nem se confunde com a prisão que se mostrou necessária em certo momento da *persecutio criminis*. (...) é aquela que ocorreu de forma ilegítima e abusiva em desobediência à realidade fática e aos requisitos formais. Somente quando a prisão se transporte para a ilicitude é que poderá ensejar reparação.⁵³

Além disso, segue Wilson Alves sua tese no sentido de que essas hipóteses deveriam ser abrangidas pela cláusula geral de responsabilidade prevista no diploma constitucional, bem como realizando uma interessante indagação:

Ademais, se a Constituição Federal de 1988, art. 5º, pr., nivelou axiologicamente os direitos à liberdade e à propriedade com a garantia de sua inviolabilidade, como não haveria indenizabilidade do dano que a privação momentânea do direito à liberdade acarreta, se se há indenizabilidade do dano que a privação momentânea do direito à propriedade acarreta?⁵⁴

Por outro lado, se o assunto que dispõe a respeito da indenizabilidade da prisão cautelar ilegal já provoca uma divergência entre juristas de renome, o que se dirá da hipótese em que a prisão provisória é legal e há absolvição ao final do processo sob o fundamento de insuficiência de provas, negativa de autoria ou de materialidade.

Quanto ao primeiro dos argumentos, inviável que possa ser considerado fonte geradora de responsabilização civil. Havendo uma prisão legal, que preencha todos os requisitos dispostos normativamente, ainda que ao final do processo venha a ser o réu absolvido diante da insuficiência de provas, não se poderia querer imputar ao Estado qualquer tipo de pleito indenizatório. Isso se justifica, justamente pelo objetivo primordial de uma prisão cautelar, que, como o próprio nome diz, é “acautelar” um direito.

Quando são editadas, tais prisões visam a proteger a integridade física de uma pessoa que se sente ameaçada pelo acusado, buscam a preservação de provas quando na iminência de ser destruídas pelo acusado etc. Diante disso, para que alcancem tais fins, são concedidas sob uma análise superficial diante da urgência com que o fato normalmente se apresenta, levando

52 JÚNIOR. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, p. 48.

53 STOCO, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 1074.

54 ALVES, Responsabilidade civil do Estado, p. 121.

em conta a presença de dois elementos: o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum libertatis* (perigo de se manter solto o acusado).

Dessa forma, nessas situações o magistrado acaba operando com um início de prova, qual seja, à evidência da materialidade e indícios suficientes de autoria. Assim, após todo o desenrolar da relação processual, não é surpresa se ele acabe em dúvida frente aos elementos apresentados e absolve o réu diante da insuficiência probatória passível de embasar uma condenação.

Assim, como a prisão preventiva é baseada em elementos que não demandam uma cognição exauriente, é, em virtude disso, regida pela cláusula *rebus sic stantibus*, eis que diante da alteração da situação fática, deve a prisão ser revista.⁵⁵ Se mesmo com esses novos elementos persistirem as circunstâncias configuradoras de sua determinação, deverá continuar preso. Caso contrário, inexistindo tais motivos, o réu deverá ser posto em liberdade.

Outra posição deve ser adotada quando os motivos ensejadores da absolvição sejam a negativa de autoria ou de materialidade. Isso ocorre pelo fato de que os requisitos exigidos para a decretação da prisão preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, são exatamente a materialidade delitiva (prova existência do crime) e indícios suficientes da sua autoria. Assim sendo, caso fique constatado ao fim do processo que réu não era o autor do delito, ou então que o fato sequer existiu, a sua absolvição indicará que os elementos previstos legalmente para a decretação da prisão preventiva não estavam presentes, razão pela qual, faz-se justo o direito a indenização neste caso.

Aliás, como bem lembra Ruy Rosado, o artigo 294 da Lei Orgânica do Poder Judicial espanhol já apresentava redação que abrange as hipóteses aqui tratadas, consoante se pode extrair de sua lição abaixo citada:

A indenização por prisão preventiva (art. 294 da LOPJ) só é devida ao réu que venha a ser condenado pela inexistência do fato imputado. A regra tem sido criticada por excluir a absolvição por outro fundamento, como o de inexistência da autoria, o que talvez venha a justificar interpretação extensiva, para considerar que ela apenas fornece um exemplo.⁵⁶

Por fim, cita-se como exemplo do que foi aqui retratado, duas decisões dos Tribunais de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e de São Paulo, respectivamente. O primeiro dos julgados aborda justamente a questão de que a indenização somente é devida em casos de ausência de autoria e materialidade. O segundo, por sua vez, ressalta que a indenização não é

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006. p. 618.

⁵⁶ JÚNIOR. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, p. 30.

devida nos casos de insuficiência probatória da autoria delitiva, consoante se passa a expor:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO PENAL E DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA SOBREVINDO SENTENÇA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM RELAÇÃO A ALGUNS DOS CRIMES IMPUTADOS E SENTENÇA ABSOLUTÓRIA POR NÃO HAVER PROVA DA EXISTÊNCIA DO FATO (ART. 386, INC. II, CPP) EM RELAÇÃO AO OUTRO CRIME OBJETO DA ACUSAÇÃO. HIPÓTESES EM QUE A REPARAÇÃO DO DANO É INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU EXCESSO. 1. O direito à reparação somente cabe quando a prisão cautelar é decretada ou mantida quando já estava extinta a punibilidade pela prescrição e não quando há incidência superveniente à prisão cautelar de uma causa extintiva da punibilidade, pois neste caso não existe a possibilidade de qualquer valoração sobre a injustiça da custódia cautelar ou de erro judiciário. 2. A absolvição criminal por não haver prova da existência do fato (inc. II, do art. 386, CPP) revela âmbito de incerteza sobre a existência do fato ou da autoria, tanto que o ordenamento jurídico não veda o ajuizamento de ação civil para, com outras provas novas, postular a demonstração da ocorrência do ilícito. Sendo assim, não se pode afirmar que o acusado era inocente por ter sido colhida prova da inexistência do fato delitivo ou de que dele não participou, mas sim escapou da persecução penal estatal porque o juiz não encontrou prova da existência do fato ou da autoria. Dito de outro modo, afastou-se o ilícito penal, mas não o ilícito civil, tanto que permanece cabível a possibilidade de ajuizamento de ação indenizatória na esfera civil contra o acusado. Ademais, cabe considerar que o Estado pelos órgãos do Ministério Público e do Poder Judiciário nada mais fez do que exercer o direito constitucional da tutela jurisdicional conferido pelo art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Também não se constitui em ato ilícito aquele praticado no exercício regular de um direito, como prevê o art. 188, inc. I, do Código Civil de 2002. Logo, não tendo ocorrido qualquer injustiça ou excesso no exercício constitucional da atividade de persecução penal do crime e na atuação jurisdicional dos órgãos Estatais, não se enquadra o caso em tela na hipótese de erro judiciário. 3. **É cabível indenização por prisão preventiva injusta se comprovada categoricamente na sentença criminal absolutória a inexistência do fato ou de comprovada não-participação no fato delitivo, mas, pelo contrário, não é admissível a reparação se o acusado foi absolvido por falta de prova da participação no fato imputado (art. 386, inc. II, CPP) ou por falta de provas (art. 386, VI, CPP), porquanto em hipóteses de incerteza jurídica e onde não há óbice à reparação na esfera civil contra o autor do ilícito, resulta incabível cogitar de valoração sobre eventual erro judiciário.** 4. Improcedência da ação e sucumbência mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, A.C. 70016088361, Relator: Des. Odone Sanguiné, 2006). Grifo não existente no original.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Ação de indenização por danos morais. Autora presa em flagrante, denunciada por tráfico de drogas e condenada em primeiro grau. **Absolvição em segundo grau de jurisdição nos termos do artigo 386, inciso IV do CPP.** Responsabilidade do Estado que, na hipótese, não é objetiva (CF, art. 37, § 6o). A obrigação de indenizar é reconhecida

apenas nas hipóteses previstas no art. 5º, LXXV da CF e art. 630 do CPP, quais sejam, erro judiciário ou prisão além do tempo fixado na sentença. **A prisão em flagrante possuiu supedâneo legal, a ação penal obedeceu ao devido processo legal, inexistindo ilícito no exercício regular de direito. Indenização indevida.** Sentença de improcedência mantida. Negado provimento ao recurso. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, A.C. 994081627535, Relator: Des. Oswaldo Luiz Palu, 2011). Grifo não existente no original.

A partir do que foi exposto, pode-se concluir que ainda que o acusado seja absolvido ao final de uma persecução criminal, a decretação de sua prisão preventiva somente ocasionará a indenização em alguns casos. Citam-se como os principais, tratados com mais afinco pela doutrina e jurisprudência, a não obediência dos requisitos legais para sua decretação, aqui podendo ainda se incluir a falta da fundamentação da decisão, requisito previsto constitucionalmente, no artigo 93, IX e a absolvição quando fundamentada em ausência de autoria ou materialidade delitiva.

3.3.1.3 Da diferença entre erro judiciário e prisão por excesso de prazo

Tanto a possibilidade indenizatória por erro judiciário, como aquela decorrente da prisão além do tempo fixado na sentença, foram explicitadas no artigo 5º, LXXV da carta suprema. Entretanto, como bem lembra Hentz “embora haja pontos de contato entre os dois institutos de direito material, afirma-se que o erro judiciário não depende da verificação de prisão, assim como a indevida privação da liberdade física não decorre necessariamente de erro de julgamento.”⁵⁷

A alegação exposta pelo autor fica evidente quando demonstrada através de exemplos. No primeiro caso, cita-se uma situação em que o erro ocasionou a condenação a um crime punido apenas com a pena de multa. De outro lado, no que se refere à segunda hipótese, ocorre quando, ainda que o julgamento tenha sido proferido em perfeita consonância com os ditames legais, o acusado permanece preso por prazo excessivo no sistema prisional.

Além disso, Luiz Hentz, continuando a diferenciar os institutos, menciona a maior amplitude do dispositivo quando se refere à indenização por prisão por tempo superior ao fixado na sentença, eis que enquanto

a figura do erro alberga a atividade jurisdicional comissiva, consistente no decreto da prisão ditado pelo juiz, no exercício da função jurisdicional, como consequência de mero erro de julgamento, a segunda comporta, além da

57 HENTZ, Luiz. Responsabilidade do Estado por prisão indevida. Disponível em <www.academus.pro.br/professor/luizhentz/responsabilidade.htm> Acesso em 05/08/2011.

comissão, a omissão de qualquer agente público na liberação do preso depois de cumprida pena imposta. E, pois, submetido o indivíduo a prisão indevida, fará jus a indenização às custas do Estado, não importando eventual licitude do motivo (erro na apreciação das condições de sua decretação) ou o caráter de sua ilicitude (ação ou omissão dolosa ou culposa de agente público ou de quem impõe sua vontade de modo a obrigar o Estado, como no caso da prisão em flagrante feita por qualquer pessoa, até o momento de ser mantida pela autoridade estatal).⁵⁸

Por fim, quanto a questão do ponto de intersecção dos dois institutos, Hentz alude que ambos apresentam como mesma base filosófica o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

3.3.1.4 Da Ação meramente privada

A despeito de o artigo 630 do Código de Processo Penal não apresentar motivos que instiguem os doutrinadores a um debate, há um ponto neste dispositivo que apresenta uma peculiaridade que não é muito bem vista pelos estudiosos de um modo geral. Tal questão está contida na alínea “b” do parágrafo 2º, quando menciona que a indenização não será devida se a acusação houver sido meramente privada.

O dispositivo referido, na exposição de Yussef Cahali, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, uma vez que esta não estabeleceu qualquer diferença entre os processos criminais em que houve uma falha por parte do Poder Judiciante. Assevera ele que “a iniciativa da ação penal de que resultou a sentença condenatória desconstituída representa a causa remota do dano sofrido pelo ofendido; a causa imediata, eficiente e adequada, e que se sobrepõe àquela é representada pelo erro judiciário na prolação da sentença condenatória.”⁵⁹

Adotando o mesmo entendimento, Rui Stoco defende que:

se na ação penal privada ocorrer o chamado erro judiciário, decorrente de ação ou omissão culposa do julgador, incidirá a regra geral do art. 5º, LXXV, da CF, e a indenização será devida se preenchidos todos os pressupostos exigidos.⁶⁰

Assim, pelo que se pode extrair dessa questão, o fato de que ainda que a iniciativa seja privada, o trâmite do processo é todo ele público. Desse modo, ocorrendo erro que venha a prejudicar o indiciado, parece de clareza solar que o Estado deva ser condenado, cabendo, porém, uma ressalva. Caso os prejuízos afetos ao denunciado advenham de erro ocasionado

58 HENTZ, Luiz. Responsabilidade do Estado por prisão indevida. Disponível em <www.academus.pro.br/professor/luizhentz/responsabilidade.htm> Acesso em 05/08/2011.

59 CAHALI. Responsabilidade civil do Estado, p. 488-489.

60 STOCO. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 1049.

por induzimento de má-fé do denunciante, cabível, contra este, o direito de regresso por parte do Estado.

3.3.2. Do pleito indenizatório em matéria cível

No que concerne ao âmbito civil, diferentemente da legislação criminal, não houve por parte do legislador a edição de qualquer norma, seja ela constitucional ou infraconstitucional, que dispusesse a respeito da indenizabilidade por parte do Estado em casos de danos oriundos da prestação jurisdicional, ressalvado os artigos 1.744 do Código Civil e 133 do Código de Processo Civil e 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, o qual repetiu o inteiro teor deste dispositivo.

O primeiro dos dispositivos assim é transcrito:

Art. 1.744. A responsabilidade do juiz será:

I - direta e pessoal, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente; II - subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito.⁶¹

Por sua vez, o diploma adjetivo dispõe da seguinte forma:

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

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

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

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.⁶²

A partir de uma rápida leitura dos dispositivos mencionados, percebe-se, desde logo, que para que ambos sejam considerados validamente utilizáveis, deve-se fazer uma aplicação sistemática dos mesmos. O artigo 1.744 do Código Civil, como se pode vislumbrar, determina a responsabilidade pessoal e direta do juiz pelo simples fato deste não ter realizado a nomeação do tutor, ou o houver nomeado a destempo. Contudo, a redação do diploma processual restringe a responsabilidade do magistrado a casos em que agiu com dolo ou fraude. Com isso, afigura-se uma incongruência lógica entre os dois dispositivos se aplicados

⁶¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 05/02/2011.

⁶² BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 10/06/2011.

em sua literalidade.

Ademais, o inciso II deste mesmo dispositivo, a despeito de parecer tratar de casos de “omissão”, por depender de requisito específico apresentado em seu parágrafo único, qual seja, a notificação do magistrado antes de sua punição, é considerado pela doutrina como ato doloso.

Assim sendo, no caso em tela, para que se possa falar em responsabilização pessoal do juiz, necessário que se faça a interpretação sistemática proposta, sob pena de haver a colisão de dois dispositivos em vigência. Dessa forma, parece clara a noção de que o magistrado somente poderia ser responsabilizado no caso de ter agido de forma dolosa ou fraudulenta (o que para a maioria dos autores seria espécie de dolo), ainda que a lei civil fale que seria responsável diante da condição de ter havido mera omissão diante de seu dever funcional. Essa hipótese de responsabilização do magistrado prevista no Código Civil será abordada novamente em tópico específico quando da análise do direito de regresso do Estado em face da pessoa do juiz. Malgrado todos os argumentos referidos, grifa-se, entretanto, que os casos acima tratados dizem respeito à responsabilização do julgador em razão de seu ato danoso. Hipótese diferente é aquela em que o Estado responde por conduta danosa do juiz de vara cível, caso que, juntamente com o direito de regresso perante a pessoa física do julgador, bem como a possibilidade de sua responsabilização direta, será analisado em tópico adiante.

Diante da noção exposta, inviável que não surja um questionamento: será somente nessas circunstâncias o Estado-juiz responsabilizado pelos danos que atinjam a esfera do particular em razão da má prestação jurisdicional, ora especificamente relacionado às matérias cíveis? A resposta, ainda que soe consideravelmente em boa tonalidade para o lado negativo, enfrenta uma significativa resistência por parte de renomados doutrinadores que adotam a posição contrária, consoante se passa a analisar abaixo.

Inclinando-se no sentido daqueles que defendem que o erro judiciário previsto no artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal, diz respeito somente ao erro na esfera criminal, bem como de que as hipóteses reparatórias de danos procedentes do Poder Judiciário são só aquelas expressas constitucionalmente, José dos Santos Carvalho Filho, posiciona-se da seguinte forma:

o texto que está no art. 5º, LXXV, da CF dá margem a dúvidas, visto que se limita a mencionar o condenado por erro judiciário, sem especificar que tipo de condenação cível ou criminal. Apesar da dúvida que suscita, entendemos que o legislador constituinte pretendeu guindar à esfera constitucional a norma legal anteriormente contida no Código de Processo Penal, sem, todavia, estender essa responsabilidade a atos de natureza cível. Em nosso

entendimento, portanto, se um ato culposo do juiz, de natureza cível, possibilita a ocorrência de danos à parte, deve ela valer-se dos instrumentos recursais e administrativos para evitá-los, sendo inviável a responsabilização civil do Estado por fatos deste tipo.⁶³

Na mesma direção, Rui Stoco, esboça seus argumentos:

Portanto e em tese, apenas o ato judicial que se subsuma naquele arquétipo garantidor (art. 5º, LXXV da CF) será indenizável, ou seja, apenas o erro judiciário e a prisão além do tempo fixado na sentença.

Também a ofensa à liberdade pessoal, como o cárcere privado, a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé e a prisão ilegal, do mesmo modo informados pela responsabilidade subjetiva, empenham a responsabilidade do Estado e seus agentes, nos termos do art. 954 do atual CC.⁶⁴

Os adeptos desta posição, normalmente baseiam-se a sua argumentação para negar a responsabilidade civil estatal oriunda de danos provenientes do Poder Judiciário em hipóteses não abrangidas expressamente pela Constituição Federal, pelo Código de Processo Civil ou mesmo pela lei adjetiva penal nos seguintes aspectos, enumerados por Di Pietro:

1. O Poder Judiciário é soberano; 2. os juízes têm de agir com independência no exercício das funções sem o temor de que suas decisões possam ensejar a responsabilidade do Estado; 3. o magistrado não é funcionário público; 4. a indenização por dano decorrente de decisão judicial infringiria a regra da imutabilidade da coisa julgada, porque implicaria o reconhecimento de que a decisão foi proferida com violação da lei.⁶⁵

Apesar da existência de renomados juristas clássicos que defendiam tais situações, modernamente exsurtem-se argumentos relevantes para o fim de desbancar cada uma dessas colocações.

No que concerne à argumentação de irresponsabilidade pelo exercício de um de Poder Soberano, Rui Stoco defendia a posição de que, exercendo o Poder Judiciário função de que demanda da própria soberania do Estado, qual seja, a de decidir em última análise sobre a aplicabilidade ou não de certas normas jurídicas, inevitavelmente acaba-se por diferir o julgador do administrador. Este, segundo o autor, é levado à prática de atos de execução dirigidos pelo Princípio da Legalidade, em que pode haver um significativo controle por parte do Poder Judiciário em virtude do nocivo serviço público prestado. Por fim, ressalta que o legislador constitucional teria reservado hipótese expressa diversa da cláusula geral para as condutas ora tratadas. (STOCO, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência,

63 FILHO, Manual de Direito Administrativo, p. 547.

64 STOCO, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 1059.

65 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006, p. 627.

p. 1059).

A despeito dessas colocações, ressalta-se que o poder é uno, exercendo-se a soberania o Estado como um todo e não cada Poder por si isolado. É o Estado, portanto, que detém tal soberania, mas não os seus poderes. Ainda que estes exerçam funções estatais, cujo pano de fundo tem como base a soberania, não se poderia atribuir a um só dos Poderes, no caso o judiciário, a imunidade acima defendida.

Ponto com que também não se pode justificar a irresponsabilidade estatal é a alegação de independência dos magistrados. Em um primeiro momento, coloca-se o fato de que a responsabilidade por atos provenientes do Poder Judiciário não se limita à atuação dos juízes. É ela extensiva às condutas de serventuários que desempenham funções endoprocessuais, como ocorreria, por exemplo, se servidor judicial, ao dar andamento a um processo, viesse a se apropriar de quantia depositada por uma das partes envolvidas no feito. Ademais, a independência garantida aos magistrados não é garantia exclusiva dos órgãos judicantes, mas presente também nos outros dois Poderes que, como se sabe, podem ser causadores de atos danosos aos cidadãos e, conseqüentemente, indenizáveis pelo Poder Público.

Quanto à alegação de que não seria o juiz um funcionário público a ser considerado de forma semelhante aos demais, a doutrina tem esboçado os argumentos que se seguem. Destacando a atividade especial exercida pelo magistrado no exercício de suas funções, Mário Moacyr Porto refere:

O juiz é um agente do Poder Público, um funcionário público em sentido lato, mas um funcionário de categoria especial, não só porque um dos poderes do Estado se exterioriza através da sua atividade judicante, como pelas peculiaridades e prerrogativas das suas funções, o que o distingue das demais categorias de funcionários da Administração Pública.⁶⁶

Porém, advogando em posição contrária, encontra-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para a qual, o juiz deve ser considerado como ocupante de cargo público

criado por lei e se enquadra no conceito legal dessa categoria funcional. Ainda que se entendesse ser ele agente político, seria abrangido pela norma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que emprega precisamente o vocábulo agente para abranger todas as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestam serviços ao Estado.⁶⁷

Assim, apegando-se aos argumentos da corrente mais moderna, apresenta-se como

66 PORTO, Mário Moacyr. *Temas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989 *apud* STOCO, *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, p. 1058.

67 DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 628.

mais palpável a desconsideração do argumento de que os atos oriundos da conduta do juiz não seriam indenizáveis pelo fato de o mesmo não ser funcionário público. Este argumento, com a edição da Constituição atual, perdeu valia, eis que o termo “funcionário público” foi substituído pela noção de “agente público”, termo este com uma amplitude significativamente maior que aquele. Além disso, salienta Vilson Alves, que mesmo que essa noção não tivesse expressa na Lei Maior, “o magistrado é órgão do Estado; logo, o dano não é, a rigor, causado por ele, mas pelo Estado mesmo, por meio dele, seu órgão.”⁶⁸

Por derradeiro, não deve prevalecer também a alegação de que a busca pela indenização infringiria o instituto da coisa julgada. José Cretella Júnior salienta que a incontestabilidade da coisa julgada não pode ser utilizada como forma de o Estado escusar-se do dever de indenizar eventos danosos contra os jurisdicionados, “porque a coisa julgada pode ser atacada no cível pela rescisória, ou pela revisão no crime.”⁶⁹

Sem embargo do argumento lançado por Cretella Jr., interessante é a argumentação exposta por Vilson Alves sobre o tema, quando menciona que

com rigor, coisa julgada só há após os dois anos do trânsito em julgado, a coisa soberanamente julgada. Então, nunca haveria indenizabilidade pelo erro judiciário, porque com a coisa julgada descaberia rescindibilidade e, sem ela, para os que a têm como condição de indenizabilidade, a responsabilidade civil do Estado.⁷⁰

Com maestria, Edmir Netto de Araujo refere que “o que se pretende é possibilitar a indenização ao prejudicado, no caso de erro judiciário, mesmo que essa coisa julgada não possa, dado o lapso prescricional, ser modificada.”⁷¹ Calcada neste mesmo sentido é ideia referida por Di Pietro, para a qual

o fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial. A decisão continua a valer para ambas as partes; a que ganhou e a que perdeu continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece inatingível. É o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência de erro judiciário.⁷²

Já, Ruy Rosado, caminha em uma posição intermediária. Menciona ser inadmissível

⁶⁸ ALVES, Responsabilidade civil do Estado, p. 125.

⁶⁹ JÚNIOR, José Cretella. O Estado e a Obrigação de indenizar. São Paulo: Saraiva, 1980 *apud* STOCO, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 1057.

⁷⁰ ALVES, Responsabilidade civil do Estado, p. 153.

⁷¹ ARAÚJO, Edmir Netto. Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981 *apud* DI PIETRO, Direito Administrativo, p. 628.

⁷² DI PIETRO, Direito Administrativo, p. 629.

que os argumentos da independência do magistrado e o exercício por este de parcela do Poder Soberano possam ser utilizados como fonte de irresponsabilidade por parte do Estado, ainda que entenda ser inaplicável a cláusula geral prevista no artigo 37, § 6º a todas as hipóteses em que ocorressem danos, asseverando também que:

O princípio da responsabilidade objetiva, que se satisfaz com a causação do dano, não pode ser aceito no âmbito dos atos judiciais porque sempre, ou quase sempre, da atuação do Juiz na jurisdição contenciosa resultará alguma perda para uma das partes. Se esse dano fosse indenizável, transferir-se-ia para o Estado, na mais absoluta socialização dos prejuízos, todos os efeitos das contendas entre os particulares. É por isso que a regra ampla do art. 37, § 6º da Constituição, deve ser trazida para os limites indicados no seu art. 5º, LXXV, que admite a indenização quando o ato é falho (erro na sentença) ou quando falha o serviço (excesso de prisão). A partir daí, a legislação ordinária e complementar vale para delinear com mais precisão os contornos dessa responsabilidade.⁷³

Ainda na esteira de raciocínio daqueles que buscam argumentos para o fim de limitar os impulsos da corrente mais moderna, Eduardo Kraemer assevera que a responsabilidade estatal

pela deficiente prestação jurisdicional acarreta um complexo mosaico de hipóteses, merecendo cada uma das situações, análise e tratamento específico. Imaginar a aplicação linear da responsabilidade objetiva pode ocasionar dificuldades não-transponíveis na construção conceitual da responsabilidade do Estado pela deficiente prestação jurisdicional.⁷⁴

Por sua vez, Wilson Rodrigues Alves, vestido de ideias constante na corrente mais atual, a respeito do erro judiciário cível, leciona no sentido de que o mesmo ocorre nos casos de

ofensa a direito em tese, erro contra “*literam legis*”, a “literal disposição de lei”, como se o órgão julgador interpreta erradamente a regra jurídica, não atendendo a seu preciso alcance e sentido. Tal erro, se danifica, há de ser indenizado estatalmente, posto que não pelo órgão judiciário julgador, salvo se o erro se adita qualquer dos elementos configurados de sua responsabilidade civil, como se prevê no Código de 1973, art. 133, I e II.⁷⁵

Também do lado daqueles que entendem ser possível a responsabilização estatal nos casos de danos provenientes das atividades judiciais, fora dos casos expressamente previstos

73 JÚNIOR, A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, p. 43-44.

74 KRAEMER, A responsabilidade do Estado e do Magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional, p. 69.

75 ALVES, Responsabilidade civil do Estado, p. 122.

na Constituição Federal, posiciona-se João Nunes Sento Sé, do seguinte modo:

A constituição de 1988 admite a responsabilidade civil do Estado pela atividade judiciária em matéria cível? Pensamos que o inc. LXXV do art. 5º e o § 6º do art. 37, combinados, não só autorizam uma resposta afirmativa, como ainda permitem ao intérprete verificar as condições em que tal responsabilidade se verifica.⁷⁶

Conjugando dos mesmos ideais, Fabiano André de Souza Mendonça defende que a “responsabilidade não vai ao encontro do juiz. Vai de encontro ao Estado. Caso contrário, ela seria um óbice à democracia. Na verdade, é um preço que o Estado paga pela paz social, pelo risco assumido nessa tarefa.”⁷⁷

Além disso, segundo Rui Stoco, a má subsunção do comportamento do réu à norma, por exemplo, poderia gerar um dever indenizatório por parte do Estado como caso de erro judiciário. Isto, no seu entendimento pode “caracterizar *erro in judicando* mas não se confundem com o “erro judiciário” referido no art. 5º, LXXV da CF/88 e no art. 630, §2º, a, do Código de Processo Penal”.⁷⁸

De acordo com o que foi transcrito acima, não se tem o condão de afirmar que o *error in judicando* (expresso com o equívoco no julgamento propriamente dito) não deve ser indenizado. Pelo contrário, tanto ele como o *error in procedendo* (errônea condução do processo) merecem ser devidamente punidos civilmente, mas são situações, todavia, que não se confundem com aquilo que o dispositivo constitucional consagra como erro judiciário. Isto, apesar de parecer não deter grande importância prática, é relevante para fins de determinação do instituto do erro judiciário, bem como do embasamento legal a ser utilizável em uma ação reparatória.

Concluindo, não obstante o quadro de divergência apresentado pela doutrina quanto à responsabilização ou não de prejuízos causados por atos judiciais fora das hipóteses taxativamente previstas na legislação, bem como da possível utilização a tais fatos da cláusula geral de indenizabilidade prevista no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, adota-se o seguinte raciocínio.

Em primeiro lugar, grifa-se que o fato de o legislador nacional não ter previsto

76 SÉ, João Nunes Sento. Responsabilidade civil do Estado pela atividade judiciária da Constituição de 1988. Rev. da Fac. De Direito da UFBA, Bahia, v. 35, 1991 *apud* STOCO, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 1058.

77 MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Responsabilidade do Estado por ato judicial inconstitucional. São Paulo: RT v. 738, ano 86, abr./1997 *apud* STOCO, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 1057-1058.

78 STOCO, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 1048.

casuisticamente no texto das normas jurídicas pátrias a possibilidade de se buscar uma demanda reparatória nos casos de atividades lesivas em área cível, trabalhista ou mesmo criminal, que não aquelas já previstas, não tem o condão de implicar a irresponsabilidade estatal por danos que daí decorram.

Nesse ínterim, ainda que a responsabilização cível não tenha previsão expressa na Constituição Federal, há de ser feita uma interpretação sistemática de acordo com o Estado sob o qual vivemos. No Estado Democrático de Direito, o princípio fundamental sob o qual se amoldam dezenas de outras regras é o da Legalidade, que não somente os cidadãos comuns devem obediência, mas com mais rigor o próprio ente estatal. Diante disso, faz-se necessária a responsabilização cível deste em casos de danos advindos de atividades judiciais danosas, o que não deixa de ser uma violação ao princípio referido.

Num segundo momento, entende-se que a regra prevista no artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal não teve como objetivo limitar as disposições do artigo 37, § 6º do mesmo diploma, mas sim incluir e ressaltar dentre mais uma das garantias fundamentais do cidadão a reparação do prejudicado nos casos de erro judiciário e de prisão por excesso de prazo. Neste ponto, interessante transcrever parte do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no Recurso Extraordinário n.º. 505.393/PE. Mesmo que saliente ser escassa a jurisprudência sobre o tema abordado, ainda prevalecendo o entendimento da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais fora dos casos expressamente previstos na Constituição Federal, aduz também que a garantia exposta no artigo 5º, LXXV é apenas um mínimo, não se impedindo que existam futuras discussões com o fim de alargar seu conteúdo, consoante se passa a expor:

são outras hipóteses de indenização por decisões errôneas ou por “faute de service” da administração da Justiça, que não estão efetivamente previstos no art. 5º, LXXV, da Constituição, que não barra a discussão infraconstitucional da matéria, porque o art. 5º, LXXV, é uma garantia. Portanto, um mínimo que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias em hipóteses que não a de erro judiciário stricto sensu, mas de evidente falha do serviço público. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 505.393/PE, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 2007)

Dessa forma, pode-se afirmar que as circunstâncias que não se encontram expressamente previstas no inciso LXXV do artigo 5º antes citado, estão, porém, de modo implícito abrangidas pelo artigo 37, § 6º. Advoga-se neste sentido a partir do entendimento de que o Poder Judiciário não é senão apenas mais um entre os três Poderes, que é representado em cada um de seus atos por juízes integrantes de cada uma das esferas. Porém, em qualquer

caso, é agente público na ampla acepção do termo previsto nos ditames do § 6º do artigo 37 da Carta Magna, razão pela qual aplicável a esse Poder a orientação constante neste dispositivo.

Assim, havendo ato danoso, há a responsabilização objetiva do Estado. Se o caso amolda-se em hipótese de erro judiciário criminal ou prisão por excesso de prazo, baseia-se o pleito indenizatório no art. 5º, LXXV da carta constitucional. Caso contrário, deve ser utilizada a cláusula geral prevista no mesmo documento legal, eis que a atividade judicial não pode se encarada de outra forma que não como objeto da prestação de um serviço desempenhado pelo Estado, o serviço jurisdicional.

Aliás, caso venha a surgir uma norma infraconstitucional afastando-se a responsabilidade civil estatal, diante da força dos ditames do art. 37, § 6º da Constituição Federal, acabaria por originar-se natimorta.

3.3.3 A demora na prestação jurisdicional

A Constituição Federal de 1988 assegurou a todos os cidadãos, como direito fundamental, o direito de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, ao assegurar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.⁷⁹ Por outro lado, nesse mesmo panorama, a carta constitucional, assegurou a esse mesmo cidadão, também como direito fundamental, a duração razoável do processo, que pode ser extraída do artigo 5º, LXXVIII, quando afirma que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”⁸⁰

A introdução do último dispositivo mencionado adveio com a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a qual ficou caracterizada como a “Emenda do Judiciário”. Esta “reforma” buscou garantir uma maior agilidade no trâmite processual e, indiretamente, aumentar a confiança do Poder Judiciário junto à população, que andava em baixa justamente pela demora no atendimento dos anseios desta.

Pode-se extrair das palavras de Sílvio Luís Ferreira da Rocha a lição que, de certo modo, justificou a edição da sufragada Emenda Constitucional, quando salienta que o “processo, enquanto meio de expressão da jurisdição, destinada a compor conflitos de

79 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988), de 5 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 15/01/2011.

80 Ibidem.

interesses ou satisfazer pretensões insatisfeitas, é influenciado pelo tempo, mantendo com ele uma relação conflituosa.”⁸¹

Desse modo, com base nessas ideias, é que nos últimos anos vem ganhando força a corrente doutrinária que defende a responsabilização civil do Estado por prejuízos decorrentes da demora na prestação judicial. Embora a tese pareça ser justa e baseada em sólidos argumentos, tudo que é tratado de forma extremista, generalizadamente, deve se vista com algumas ressalvas. Neste ponto, interessante citação é feita por Aury Lopes Jr. E Gustavo Henrique Badaró, ao afirmar que

o processo, em seu desenvolvimento, requer um tempo para que seja transcorrido todo o *iter* necessário até o provimento final. Assim como a vida, o processo tem diferentes momentos, que podem ser descritos como nascimento, desenvolvimento e extinção do processo. Não se pode imaginar um processo no qual o provimento fosse imediato.⁸²

Diante disso, como se tem conhecimento, são várias as causas concretizadoras dessa demora na prestação jurisdicional, consoante bem leciona Rui Stoco:

iniciando em um extremo, na legislação ultrapassada, anacrônica e extremamente formal (...); passando pela penúria imposta a esse poder, diante da quase inexistência de verba orçamentária para a dinamização, modernização e crescimento; encontrando justificção no excessivo número de recursos previstos na legislação processual e nas inúmeras medidas protelatórias postas à disposição das partes e terminando no outro extremo, qual seja a conhecida inexistência em número suficiente de magistrados, membros do Ministério Público, Procuradores da República e do Estado para atenderem à enorme pletora de feitos em andamento.⁸³

Todos esses problemas expostos por Stoco são reais e atuais, porém, segundo grande parte da doutrina, não devem ser utilizados como fatores de irresponsabilidade por parte do Poder Público. Se há esse defeito, não sendo ele recente, e os administradores públicos não atuam de forma eficiente para exterminá-lo, quem menos deveria sair prejudicado nessa situação é quem acaba por mais sofrer, qual seja: o cidadão.

Assim, mesmo que o interesse daquele prejudicado com a demora da prestação jurisdicional deva ser preservado, interessante a observação feita por Anderson Schreiber:

o próprio emprego normativo do termo razoável exige mais que a simples

81 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Duração razoável dos processos judiciais e administrativos. Interesse Público, Porto Alegre: Notadez, n° 39, 2006 *apud* STOCO, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, 1080.

82 JUNIOR, Aury Lopes e BADARÓ, Gustavo. Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 5.

83 STOCO, Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, p. 1080.

avaliação subsuntiva do comportamento do Poder Judiciário ou da Administração Pública na condução do processo. Como também tal comportamento atende a um interesse constitucionalmente tutelado – o da correta administração da Justiça -, e o termo razoável não traz parâmetros específicos de atuação, caberá ao juiz da ação ressarcitória proceder à ponderação entre ambos os interesses, a fim de determinar a relação de prevalência válida para o caso concreto.⁸⁴

Dessa forma, pelo que se pode extrair da lição retratada por Schreiber, deverá o magistrado, no caso concreto, fazer um sopesamento entre o ideário da persecução da justiça e o da celeridade do procedimento, no caso, por exemplo, de uma demanda ter alcançado seu fim inicialmente previsto, só que em prazo muito superior ao devido. Deverá o juiz, no caso concreto, elaborar a regra de prevalência válida, determinando qual o interesse deverá prevalecer na situação.

Assim sendo, tendo-se por base os casos geradores da demora na prestação jurisdicional, cabe ao intérprete definir o que venha a ser “razoável duração do processo”, tendo em vista que o legislador constituinte assim não o fez. Sobre o tema, relembra Rui Stoco que o conceito foi instituído pela Corte Européia de Direitos Humanos, no recurso *Guillemin x França*, em 21.02.97, o conceito de razoável duração do processo. Foi editado o seguinte enunciado:

O caráter razoável da duração de um processo se avalia segundo as circunstâncias da causa, que demanda a ocorrência de uma avaliação abrangente e tendo em vista os critérios consagrados pela jurisprudência da Corte, em particular da complexidade da causa, o comportamento dos recorrentes e das autoridades competentes.⁸⁵

O caso citado traz uma ressalva em sua parte final, que é de suma importância, qual seja, a atuação das partes no processo. Não se pode falar de pleito indenizatório em face do Poder Judiciário se a demora excessiva da resolução do conflito processual deveu-se a recursos sucessivos propostos pelas partes, ou então em decorrência de retenção indevida de autos, demora para manifestação sobre certos requerimentos judiciais, etc.

Sobre o tema, cita-se também o entendimento lançado pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Fátima Nancy Andrighi, para a qual

o conceito de razoável duração do processo constitui uma cláusula em branco, aberta, que a jurisprudência deverá caracterizar com conteúdos concretos, a fim de definir em cada processo se a respectiva duração foi

84 SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 176.

85 STOCO, *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, p. 1082.

razoável ou excessiva e, assim, se o direito assegurado pelo inc. LXXVIII do art. 5º da CF foi violado ou não.⁸⁶

Na análise do caso concreto exposto ao judiciário, quando do pleito indenizatório, Schreiber exemplifica duas situações distintas, ainda que apresentem o mesmo tempo de tramitação:

pode bem decidir o tribunal, ao avaliar demora de seis anos em uma ação de cobrança que exigia perícias e outras diligências probatórias, além de envolver intrincadas questões jurídicas, todas contempladas minuciosamente na decisão, que o grau de sacrifício da celeridade foi pequeno diante do alto grau de realização da justiça. Pode, no entanto, decidir o contrário no caso, por exemplo, de uma medida cautelar para suspensão de edição de livros difamatórios, que apesar de dispensar dilação probatória, leva seis anos para ser apreciada, de forma desproporcional ao retardamento no julgamento da urgente pretensão autoral.⁸⁷

Por sua vez, Cahali informa que são “indenizáveis os danos material e moral originados da excessiva duração do processo, desde que o diagnóstico da morosidade tenha como causa primordial o anormal funcionamento da administração da justiça.”⁸⁸ Outro não é o entendimento exposto por Eduardo Kraemer:

a demora excessiva para o julgamento de um processo crime ou cível pode em tese gerar condições de responsabilização do Estado por danos morais. O excesso de tempo para a solução das questões pode acarretar desgastes emocionais, aflição, temor para as partes. É justamente tais características que permitem a configuração de danos morais de responsabilidade do Estado. (...) Mostra-se necessária a demonstração de que o excesso de tempo foi circunstância imputável a deficiências na máquina estatal. Há necessidade de mau funcionamento dos instrumentos de prestação jurisdicional.⁸⁹

De tal modo, consoante se vislumbra, não é qualquer abalo moral ocorrido no trâmite de uma ação processual que poderá vir a causar danos passíveis de serem indenizados pelo Estado, mas somente aqueles procedentes da falha do serviço estatal, do defeito dos órgãos prestadores de jurisdição.

Na mesma linha de raciocínio posiciona-se José Augusto Delgado, para o qual

a demora na prestação jurisdicional cai no conceito de serviço público imperfeito. Quer que ela seja por indolência do juiz, quer que seja o Estado

86 Ibidem, p. 1083.

87 SCHREIBER, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, p. 177.

88 CAHALI, *Responsabilidade civil do Estado*, p. 512-513.

89 KRAEMER, *A responsabilidade do Estado e do Magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional*, p. 109.

não prover adequadamente o bom funcionamento da Justiça. E já foi visto que a doutrina assume a defesa da responsabilidade civil do Estado pela chamada falta anônima do serviço, ou em consequência do não bem atuar dos seus agentes, mesmo que estes não pratiquem a omissão dolosamente.⁹⁰

A partir do que se pode extrair dos argumentos retratados pelos renomados juristas, a cláusula geral de indenizabilidade prevista no artigo 37, § 6º da Constituição, principalmente no que diz respeito à possibilidade de se aplicar a responsabilidade objetiva, não tem sido adotada pela maioria dos doutrinadores. Exigem eles, na ocorrência de danos oriundo da atividade judicial, a incidência da culpa anônima, baseada na teoria subjetiva, em que a culpa deve ficar comprovada, primordialmente em se tratando de condutas omissivas, um *non facere*. Este é também o posicionamento adotado por Carvalho Filho na sua obra, quando salienta que:

sem considerar a indeterminação do conceito – já que “duração razoável” é expressão fluida e sem densidade de exatidão de exatidão – parece-nos que a ofensa ao referido princípio implicará sempre a investigação sobre a forma como se desenvolveu o serviço, de modo que a conclusão a que chegar o intérprete terá que enveredar pelo terreno da culpa no serviço. A hipótese, pois, é a de incidência da responsabilidade com culpa (ou subjetiva, se assim se preferir).⁹¹

Frente a isso, pelo que se consegue vislumbrar através das lições doutrinárias, evolução da legislação nacional, bem como pela posição que começa a adotar a jurisprudência nos casos de demora na prestação jurisdicional, chega-se às seguintes conclusões. O dano, seja ele material ou moral, deverá ser ressarcido se o fato advier da má prestação do serviço jurisdicional; o prazo de duração razoável do processo deve ser analisado no caso concreto, devendo-se sopesar o benefício auferido e o dano ocorrido pela demora da prestação do serviço jurisdicional; a indenizabilidade deve seguir os fundamentos da culpa anônima, devendo-se ser exigido o elemento subjetivo – culpa.

Com o fim de demonstrar o que aqui foi exposto, colaciona-se em primeiro lugar uma jurisprudência do Tribunal paulista e, num segundo momento, parte do voto vencedor de um julgado do Tribunal de Justiça do Acre:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL INDENIZAÇÃO MORAL - DEMORA NO JULGAMENTO DE PROCESSO JUDICIAL - FALTA DE ATRIBUIÇÃO DE CULPA - FAUTE DUSERVICE NÃO

90 DELGADO, José Augusto. Revista de Direito Administrativo 153/259 *apud* CAHALI, Responsabilidade civil do Estado, p. 514.

91 FILHO, Manual de Direito Administrativo, p. 548.

CARACTERIZADA - AÇÃO, NA ORIGEM, JULGADA PROCEDENTE - SENTENÇA REFORMADA PARA O FIM DE JULGAR O PEDIDO IMPROCEDENTE - RECURSOS OFICIAL E VOLUNTÁRIO PROVIDOS. "Se não se atribui nem se demonstra culpa, inviável indenização por morosidade no trâmite de processo judicial, a qual deve ser imputada ao sistema legal causador de entraves e à falta de melhor infraestrutura ". (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, A.C. 994040224614, Relator: Des. Thales do Amaral, 2011).

Nobres Pares, a demora na prestação judicial é causa de grandes prejuízos que são suportados, invariavelmente, pelo jurisdicionado.

E o caso dos autos não foi diferente, pois a demora na intimação da parte interessada no endereço fornecido, atrasando o provimento em sete anos não é, nem poderia ser considerada razoável, principalmente quando se verifica, como neste caso, diversas falhas, tanto no que tange ao erro na intimação, quanto à falta dela para as audiências que foram realizadas.

Quanto ao pedido de redução do quantum fixado para os danos morais, sob o argumento de que a demora no julgamento processual é fato imprevisível, e não erro judiciário, penso que o valor fixado não merece reduzido, pois foi fixado de forma módica, não importando em enriquecimento da parte Autora.

Na verdade, não se pode qualificar de abusiva a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), quando se leva em conta a duração não razoável do processo. De fato, a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, dispõe que, "*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).*"

Demais disso, o presente caso não trata de erro de julgamento proferido pelo juízo e, sim, de falta de eficiência no serviço prestado, ou seja, na atividade Judiciária, que, em face de diversos erros de serviço, retardou a prestação jurisdicional por muitos anos.

Ora, se o tempo exigido para uma simples cautelar de justificação foi muito além do razoável, causando danos morais, deve o ESTADO ser condenado, como foi, a indenizar o ofendido. (ACRE, Tribunal de Justiça, A.C. 2009.003074 – 9, Relator: Desa. Miracele Lopes, 2009).

Ainda que os julgados a respeito deste tema sejam por ora escassos, consegue-se perceber pelas recentes decisões publicadas em tribunais de regiões distintas do País dois pontos salientes. O primeiro deles é de que não se pode imputar ao Estado um dever indenizatório quando a demora na prestação jurisdicional advém dos inúmeros recursos judiciais dispostos na legislação nacional. O segundo refere-se à necessária demonstração da culpa para que possa se responsabilizar o ente estatal por dano ocorrido da vagarosa prestação jurisdicional.

Portanto, demonstrados os debates que giram em torno da indenizabilidade na demora da prestação jurisdicional, passa-se a partir de agora a abordar o tema do direito regressivo do Estado frente à pessoa dos magistrados.

3.4. DIREITO DE REGRESSO

Este tópico do trabalho tem como fim debater o que, de certo modo, foi abordado no Direito francês a partir de 1521 com o desenvolvimento do instituto da *prise à partie*, em que os juízes eram responsabilizados pessoalmente pelas suas condutas danosas. Ocorre, porém, que se buscará diferenciar a responsabilização do juiz diretamente, ou então somente por meio regressivo do ente estatal.

Sobre tal tema, a Constituição Federal de 1988 nada dispôs expressamente a respeito da possibilidade de se punir a pessoa física do juiz diretamente ou de forma regressiva. Houve somente a previsão, como cláusula geral, no parágrafo 6º do artigo 37, o qual retratou a possibilidade do Estado voltar-se regressivamente contra os seus agentes que causem danos aos particulares de forma dolosa ou culposa. Contudo, como se salientou, esse dispositivo disciplina uma forma genérica, englobando todos os agentes públicos.

A despeito disso, encontram-se na legislação infraconstitucional brasileira algumas disposições em matéria cível que retratam a possibilidade de punição ao juiz por dolo ou fraude. Esses assuntos podem ser encontrados nos artigos 133 do Código de Processo Civil, que teve sua redação praticamente idêntica realizada no artigo 49 da LOMAN, bem como no artigo 1.744 do Código Civil. Mesmo que o primeiro dos dispositivos já tenha sido explicitado em tópico anterior, face a sua importância neste tema, é de boa índole que seja transcrito mais uma vez:

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

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

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

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.⁹²

Ainda que alguns doutrinadores comentem ser a situação mencionada no artigo, hipótese de responsabilidade direta do magistrado por condutas danosas ou fraudulentas (o que para a maioria da doutrina também é classificada como forma dolosa), assim não parece ser adotada pela corrente majoritária, consoante se passa a expor.

A respeito do assunto, mesmo que venha a retratar o entendimento de parte

92 BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 10/06/2011.

considerável da doutrina quanto à responsabilização do Estado pelas atividades ilícitas por parte dos magistrados, Carvalho Filho admite também a possibilidade de que:

para a compatibilização da norma do Código de Processo Civil com a Constituição, forçoso será reconhecer que o prejudicado pelo ato jurisdicional doloso terá a alternativa de propor a ação indenizatória contra o Estado ou contra o próprio juiz responsável pelo dano, ou ainda, contra ambos, o que é admissível porque o autor terá que provar, de qualquer forma, que a conduta judicial foi consumada de forma dolosa.⁹³

Outro não é o entendimento empossado por Cavalieri Filho:

se o Estado responde, como já sustentado, pela simples negligência ou desídia do juiz, por mais forte razão deve também responder quando ele age dolosamente. Em ambos os casos o juiz atua como órgão estatal, exercendo função pública. Entendo que, no último, poderá o lesado optar entre acionar o Estado ou diretamente o juiz, ou, ainda, os dois, porquanto haverá, aí uma solidariedade estabelecida pelo ato ilícito.⁹⁴

Pedindo-se vênias aos consagrados doutrinadores, entende-se que ainda que seja o cidadão o verdadeiro prejudicado nas situações de atos judiciais danosos, não se pode querer atribuir ao juiz uma responsabilidade que nem mesmo os outros agentes públicos em geral detêm. É até curiosa a posição dos dois juristas acima citados neste ponto, ao querer atribuir responsabilidade direta aos juízes, sendo que, por outro lado, não entendem sequer cabíveis a responsabilização estatal por atos tipicamente judiciais, salvo aqueles casos expressos nas normas legislativas.

Ademais, o artigo 133 da lei adjetiva civil deve ser interpretado de acordo com os ditames constitucionais. Porém, em parte alguma daquele dispositivo se pode afirmar que teria atribuído responsabilização direta aos magistrados por danos provindos de suas atividades. Tal ideia surgiu de interpretações que foram sendo dadas a ele, o que, todavia, não merece prosperar. O objetivo do artigo da lei adjetiva civil não foi o de estabelecer a responsabilidade direta do magistrado em caso de dolo ou fraude, mas sim de retratar que o juiz somente responderia nestes casos, e, ainda assim, somente de forma regressiva, conforme já previsto constitucionalmente.

A culpa, por sua vez, como já demonstrado durante o transcorrer do trabalho, se acarretar danos aos administrados poderá ser indenizada. Entretanto, neste caso, não teria o Estado ação regressiva contra o magistrado, ressalvando-se os casos em que este esteja desempenhando atividades administrativas, como no caso da função de diretor de foro, o que

93 FILHO, Manual de Direito Administrativo, p. 546.

94 CAVALIERI, Programa de responsabilidade civil, p. 264.

sairia dos contornos do disposto na lei adjetiva civil.

Aliás, em outros termos, é isto que defende Nelson Nery Jr.:

a responsabilidade pessoal do juiz somente ocorrerá se tiver procedido com dolo ou fraude. A culpa no exercício da atividade jurisdicional não acarreta, para o magistrado, o dever de indenizar. O ato jurisdicional danoso, praticado com culpa, embora não enseje o dever de indenizar, pode acarretar, em tese esse dever para o Poder Público (CF, 37, § 6º).⁹⁵

Comungando do mesmo entendimento acima citado, Ruy Rosado defende que responsabilização do Estado é primordial a do juiz diante do que dispõe o princípio geral da responsabilidade direta do Estado por ato dos seus agentes, salientando ainda que

tanto o Código de processo Civil, como a Lei Orgânica da Magistratura nada referem quanto à imediatidade da responsabilidade atribuída ao Juiz, pelo que se deve interpretar tais regras em consonância com o texto constitucional, isto é, o Estado responde primária e diretamente frente ao lesado; o Juiz responde regressivamente, frente ao Estado.⁹⁶

Não obstante o que já foi ressaltado, a própria Comissão Revisora da Constituição Federal, em 1992, na proposta de inclusão expressa da responsabilidade Estatal por atos advindos do Poder judicante afirmou que “o Poder Público responderá pelos danos que os membros do Poder Judiciário causarem no exercício de suas funções, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou fraude.”⁹⁷

Por fim, deve-se analisar o disposto no artigo 1.744 do Código Civil. Tal disposição normativa, de acordo com o que já ficou demonstrado anteriormente, estabelece hipóteses de responsabilização pessoal e direta do juiz, ou mesmo subsidiária, em casos que envolvem a nomeação de tutor em processo judicial. Esta previsão não é nova, eis que já vinha expressamente descrita no artigo 421 do Código Civil de 1916.

Destarte, a respeito dessa circunstância, adota-se como correta o que já era posição de Ruy Rosado no que concerne ao Código de Bevilacqua, quando menciona que

os preceitos da lei civil, não há como negar, batem de frente com o princípio da responsabilidade direta do Estado, pois expressamente assinam ao Juiz a responsabilidade principal (art. 421), única (art. 1.552) ou subsidiária (arts. 294 e 420). Nessa parte, devem ser considerados revogados a partir da Constituição de 1946. Valem, porém, como referencial legal para a

95 JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 414.

96 JÚNIOR, A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, p. 37-38.

97 CAHALI, Responsabilidade civil do Estado, p. 471-472.

responsabilidade regressiva.⁹⁸

Ainda que a lição diga respeito ao Código Civil anterior, válida está a essência de sua ideia. O dispositivo em comento deve ser interpretado de acordo com a Constituição, a qual somente permite a responsabilização pessoal dos agentes públicos, e os magistrados são assim classificados em um contexto amplo, em caso de ação regressiva por parte do Poder Público, mas nunca de forma direta.

Não obstante a posição de renomados juristas, opina-se no sentido de que nem mesmo poder-se-ia falar em litisconsórcio entre o Estado e o seu agente público, eis que nesta situação vislumbrar-se-ia uma responsabilização solidária, o que, de fato, não seria viável, de acordo com o que dispõe a norma constitucional. O que poderia ocorrer, mas que não tem sido vista com bons olhos pela jurisprudência, diante da possibilidade de ocasionar uma maior demora na prestação jurisdicional, é a realização da denunciação da lide do agente público nos mesmos autos.

Apesar de tudo o que já foi mencionado, interessante a observação de Sérgio Severo quanto ao montante de indenização cabível ao agente causador do dano. No seu entender, o dano deve ser ressarcido de forma integral. Ocorre que, muitas vezes, o agente não tem patrimônio suficiente para cobrir os prejuízos por ele causados, recaindo involuntariamente a obrigação ao Poder Público, atuando, neste caso, como assegurado do agente causador da conduta. Frente a tal problemática, sugere que a resolução de tais questões, diante da crise do Estado-Social e do próprio sistema brasileiro, sem que fique prejudicado o interesse público, poderia se dar pelo mecanismo já adotado em alguns países europeus, qual seja, a criação de seguros e fundos de reparação. (SEVERO, Tratado da responsabilidade pública, p. 497-510).

98 JÚNIOR, A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, p. 38.

CONCLUSÃO

A evolução das funções da judicatura ao longo dos anos e, principalmente, no Estado Democrático de Direito, fizeram paralelamente aumentar a responsabilidade do Estado no caso de eventuais danos advindos desta atividade. É neste íterim que se aloca uma das mais importantes discussões na responsabilidade do Estado por atos judiciais, qual seja: sabendo-se do crescimento da importância das funções do Poder Judiciário na efetivação das políticas públicas, é justo querer responsabilizá-lo em casos que da sua realização resulta-se um dano ao particular?

A pergunta acima, como ficou demonstrado ao longo do trabalho, tende a ser respondida de forma positiva. E tende assim ser respondida não somente pelos dispositivos constitucionais, mas sim, diante de uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Seguindo-se a lógica mundial, se mesmo em países que inadmitiam a responsabilidade em seus primórdios, baseados na cláusula de que “o rei não erra”, passaram a responsabilizar-se por danos provindos de atividades judiciais, com maior razão deveria o Estado brasileiro assim agir, até mesmo porque nunca foi partidário da total irresponsabilidade do Estado.

A eventual negação, hoje, da responsabilidade do Poder Público em face de condutas jurisdicionais danosas acabaria por olvidar crescentes avanços na dogmática jurídica com o transpassar dos anos, assim como desrespeitar o velho brocardo jurídico do *neminem laedere*. A evolução da sociedade e sua inserção em um mundo globalizado em que se vive atualmente fazem com que as normas jurídicas apresentem uma importância fundamental para o bom convívio social. Ocorre que, quando estas normas não apresentam a evolução que delas se espera, cabe ao intérprete amoldá-las as novas situações.

Assim, se o Princípio da Legalidade é o que rege o convívio social, com mais razão deve o Estado responder com eventuais danos que advenham de seus agentes no caso de violação aos preceitos legais. A responsabilidade do Estado pela má prestação jurisdicional, antes de se tratar de mecanismo de recomposição de patrimônio dos cidadãos, constitui-se em controle do próprio judiciário.

Neste diapasão é que entra a alegação de quebra da independência funcional dos magistrados no caso de responsabilização civil por atos procedentes de suas condutas. Entretanto, ficou demonstrado ao longo do texto que a punição será do ente estatal, precipuamente, somente atingindo o patrimônio particular do juiz em casos específicos e após uma demanda regressiva.

Assim, erro judiciário em sentido estrito, do modo em que foi colocado pela Constituição Federal, parece dizer respeito unicamente à matéria criminal. Porém, analisando-se sob um sentido lato, ainda que não se amolde ao espaço do dispositivo, circunstâncias danosas que seriam assim consideradas no conceito de erro judiciário, mas que foram realizadas na esfera cível, deverão ser indenizadas. Isso deverá ocorrer mesmo que não tenham como base legal o artigo 5º, LXXV, da Carta Magna. Como base legal para essas situações, e para outras não expressas na legislação, faz-se uso do artigo 37, § 6º do mesmo dispositivo legal, sob pena de se beneficiar o Poder Judiciário frente ao Legislativo e ao Executivo.

No que diz respeito à necessidade de prévia revisão do julgado criminal para se alcançar o pleito indenizatório no juízo cível, apesar das divergências, entende-se como indispensável, principalmente diante da subordinação do julgado cível ao criminal. Fica grifado, entretanto, que em casos em que não seja possível tal desconstituição, poder-se-ia intentar diretamente a demanda cível.

Ademais, no que tange à demora na prestação jurisdicional, deve ser vista com peculiaridade em relação ao retratado naquele parágrafo acima. Essa hipótese é vista pela doutrina como defeito na prestação jurisdicional, em que o serviço judiciário funciona mal, ou então, não funciona. E assim, tratando-se de omissão estatal, deve obedecer à Teoria Subjetiva, em que deve haver a presença da culpa, culpa anônima no caso, pois pouco importa quem deixou de prestar a atividade, eis que deveria ter sido realizada pelo Estado. Aqui, todavia, deve-se ter em mente que há culpa também do legislador diante da infindável gama de recursos previstos na justiça brasileira, o que acaba por atribuir uma morosidade excessiva aos processos. Com isso, se a demora advir deste fato, por opção das partes de fazerem uso de todos os recursos disponíveis, não se deve atribuir culpa ao órgão julgante, não se podendo exigir qualquer valor indenizatório.

Assim, como ficou evidenciado no corpo do trabalho, a responsabilização em virtude do erro judiciário criminal e a prisão por excesso de prazo devem ser baseadas no disposto no artigo 5º, LXXV, da Constituição. Por outro lado, o erro judiciário, que não criminal, a prisão cautelar indevida, ou qualquer outra atividade judicial danosa que não se amolde aos padrões daquele artigo, como por exemplo, divulgação de uma informação protegida por segredo de justiça por juiz responsável de dar condução a um processo e que cause dano ao particular, devem também ser indenizadas. Entretanto, nesses casos, terão como base legal o parágrafo 6º do artigo 37 do mesmo diploma legal. Isso se dá tanto pelo fato de ser o juiz um agente estatal no sentido amplo, como também ser a atividade judiciária um dos serviços postos à

disposição do Estado para os particulares.

Por fim, quanto à possibilidade de regresso do Estado perante o magistrado, entende-se que somente seria possível quando da ocorrência de dolo ou fraude, ressalvado o caso em que o magistrado realiza atividade não jurisdicional, situação em que se amolda caso dos demais agentes públicos. Chega-se a tal conclusão diante da aplicação conjunta da cláusula geral indenizatória da Constituição e do artigo 133 do Código de Processo Civil. Os atos danosos procedidos de conduta culposa não deixam de ser ressarcidos, mas assim o são somente pelo Poder Público, e não pelo juiz de forma pessoal. Essa circunstância decorre da inviabilidade de se querer atemorizar o julgador com uma repressão cível em virtude de uma conduta danosa oriunda de simples culpa, buscando-se proteger indiretamente um importante princípio da magistratura – a independência funcional.

REFERÊNCIAS

ACRE, Tribunal de Justiça, **A.C. 2009.003074 – 9**, Relator: Desa. Miracele Lopes, 2009. Disponível em: <www.tjac.jus.br> Acesso em: 05/08/2011.

ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade civil do Estado**. Tomo 2. Campinas: Bookseller, 2001.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. São Paulo: Método, 2009.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)**, de 16 de julho de 1934. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 15/01/2011.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 15/01/2011.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 15/01/2011.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil (1824)**, de 25 de março de 1824. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 15/01/2011.

_____. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 05/02/2011.

_____. **Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 15/07/2011.

_____. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 10/06/2011.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 05/02/2011.

_____. **Lei Complementar nº 35**, de 14 de março de 1979. Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 15/07/2011.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1022546/SP**, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 18/05/2009. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em: 05/08/2011.

_____, Supremo Tribunal Federal, **RE 505.393/PE**, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 2007. Disponível em: <www.tjac.jus.br> Acesso em: 03/08/2011.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HENTZ, Luiz. **Indenização do Erro Judiciário**. São Paulo: Leud, 1995.

_____. **Responsabilidade do Estado por prisão indevida**. Disponível em <www.academus.pro.br/professor/luizhentz/responsabilidade.htm> Acesso em 05/08/2011.

JUNIOR, Aury Lopes e BADARÓ, Gustavo. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. 1 Vol. 12. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2010.

JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 02/08/2011.

KRAEMER, Eduardo. **A responsabilidade do Estado e do Magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MARIONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, **A.C. 70016088361**, Relator: Des. Odone Sanguiné, 2006. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 05/08/2011.

_____, **A.C. 70041625179**, Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, 2011. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 08/08/2011.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, **A.C. 994040224614**, Relator: Des. Thales do Amaral, 2011. Disponível em: <www.tjsp.jus.br> Acesso em: 05/08/2011.

_____, **A.C. 994081627535**, Relator: Des. Oswaldo Luiz Palu, 2011. Disponível em: <www.tjsp.jus.br> Acesso em: 07/08/2011.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. vol. 4. 5. ed. atual. São Paulo: Editora Atlas, 2005.