

Marco Aurélio Morosini

ASPECTOS TEÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO
ESTADO POR DANOS DECORRENTES DO EXERCÍCIO DA
FUNÇÃO JURISDICIONAL

Dissertação submetida ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina para a obtenção do Grau de
Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rafael Peteffi da
Silva

Florianópolis
2016

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Morosini, Marco Aurélio
Aspectos teóricos da responsabilidade civil do Estado
por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional /
Marco Aurélio Morosini ; orientador, Rafael Peteffi da
Silva - Florianópolis, SC, 2016.
201 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Responsabilidade civil. 3.
Responsabilidade civil do Estado. 4. Responsabilidade
civil do Estado-Juiz. 5. Responsabilidade civil do juiz.
I. Silva, Rafael Peteffi da . II. Universidade Federal de
Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III.
Título.

Marco Aurélio Morosini

ASPECTOS TEÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO
ESTADO POR DANOS DECORRENTES DO EXERCÍCIO DA
FUNÇÃO JURISDICIONAL

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre em Direito”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis/SC, 06 de abril de 2016.

Prof. Arno Dal Ri Jr., Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Rafael Peteffi da Silva, Dr.
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Guilherme Henrique Lima Reinig, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. João dos Passos Martins Neto, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Luis Carlos Cancellier de Olivo, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Este trabalho é dedicado à minha mãe,
Marli.

AGRADECIMENTOS

Não é possível realizar uma dissertação sem a ajuda, direta ou indireta, atual ou pretérita, de diversas pessoas. Em razão disso, agradeço:

Aos meus pais, pela vida, e por todo amor e respaldo que me foram dados no seu decorrer, especialmente pela sua acolhida no último ano, fundamental para a conclusão deste trabalho;

À minha irmã, com quem compartilho o desafio e o privilégio de ser filho dos nossos pais, pelo carinho e apoio em momentos decisivos;

Ao meu professor orientador, pela paciência e tolerância reiteradas ao longo dos últimos dois anos;

Aos professores que compuseram a banca de minha defesa, pela disponibilidade de tempo e pela leitura atenta deste trabalho;

A todos os professores que, desde os primeiros anos de escola, em Capinzal e Joaçaba, até a graduação e o mestrado, contribuíram para a minha formação;

Ao escritório Mosimann, Horn & Advogados Associados, do qual fiz parte entre 2012 e 2015, pelo incentivo e compreensão pelas ausências exigidas pelo mestrado;

Aos amigos que o curso de Direito me deu, os quais, por razões, momentos e intensidades distintas fizeram parte não apenas da minha formação profissional, mas contribuíram diretamente para que eu me tornasse quem eu sou;

E, finalmente, a todos os demais amigos e familiares, pelos momentos de alegria e aprendizado, e por representarem verdadeira válvula de escape para as dificuldades que a vida carrega.

Por certo, há um pouco de muita gente neste trabalho. E não poderia ser diferente.

Muito obrigado!

*“Pelo que vale a pena ter
Vale a pena esperar”.*

(Autor desconhecido)

*“Valeu a pena? Tudo vale a pena
Se a alma não é pequena.
Quem quer passar além do Bojador
Tem que passar além da dor.
Deus ao mar o perigo e o abismo deu,
Mas nele é que espelhou o céu”.*

(Fernando Pessoa)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo principal verificar se é dado à responsabilidade civil do Estado decorrente do exercício da função jurisdicional tratamento semelhante ao dado à regra geral de responsabilidade civil do Estado. É oferecida uma visão substancial, completa e interdisciplinar dessas matérias, sendo relacionadas com a realidade jurídica brasileira atual. Para tanto, a pesquisa é feita a partir de elementos de mais de uma área jurídica, sendo buscadas na legislação, doutrina e jurisprudência, e nas suas interações, as fontes para a sua elaboração. Com fulcro sobretudo em elementos de direito civil e administrativo, estes últimos em menor escala, são abordados, no primeiro capítulo, aspectos da responsabilidade civil geral do Estado, sendo fixados os limites da pesquisa, a evolução das teorias desenvolvidas para compreendê-la e o tratamento legislativo dado ao tema no direito brasileiro ao longo dos anos, especialmente pelo art. 37, § 6.º, da Constituição Federal. Ainda, são tratados os requisitos e as modalidades referentes à responsabilidade, suas causas atenuantes e excludentes, e a possibilidade de a responsabilidade ser reconhecida a partir de atos lícitos e de atos omissivos. No segundo capítulo, são analisadas, em específico, as definições e características da jurisdição e os aspectos da atividade judicial danosa e do erro judiciário, com vistas à elucidação da máxima segundo a qual a responsabilidade por atos jurisdicionais compreende o “último reduto” da teoria da irresponsabilidade. São definidos, outrossim, os elementos que marcam essa responsabilidade, as características da decisão judicial objeto da ação indenizatória, os fundamentos para a responsabilização do Estado-Juiz e as teses da sua irresponsabilidade, bem como os atributos da responsabilidade pessoal dos magistrados – a sua relação com a responsabilidade estatal e as possibilidades que circundam a sua abordagem, com enfoque nos arts. 133 do Código de Processo Civil e 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Responsabilidade civil do Estado. Função jurisdicional. Responsabilidade civil do Estado-Juiz. Responsabilidade civil do juiz.

ABSTRACT

The purpose of this study is to verify if it is given to the State Civil Liability arising from the exercise of the jurisdictional function the same treatment that is given to the general rule of State Civil Liability. It is offered a substantial, complete and interdisciplinary view of these subjects, being related to Brazil's current legal reality. For this purpose, the research is made from elements of more than one legal area, and the sources for its development are sought in legislation, doctrine and jurisprudence, and their interactions. Especially considering elements under Civil and Administrative Law, the latter to a lesser extent, the first chapter addresses aspects of State Civil Liability, setting the limits of the research, the evolution of the theories developed to understand it, and the legislative treatment that has been given to the subject over the years by Brazilian Law, particularly by article 37, § 6.º, of the Federal Constitution. Still, they are treated the requirements and procedures relating to liability, their mitigating and exclusionary causes, and the possibility of liability being recognized from lawful acts and omissive acts. In the second chapter, definitions and characteristics of the jurisdiction and aspects of damaging judicial activity and miscarriage of justice are analyzed regarding the clarification of the dictum that liability for jurisdictional acts comprises the "last stronghold" of non-liability theory. Furthermore, they are set the elements that mark this liability, the characteristics of the judicial ruling that is subject of the compensation claim, the foundations to recognize the liability of the Legal State, and the theories of its non-liability, as well as the attributes of the personal liability of judges – its relation with State Civil Liability, and the possibilities that surround their approach, focusing on the article 133 of the Civil Procedure Code ("Código de Processo Civil") and 49 of the Organic Law of the National Magistracy ("Lei Orgânica da Magistratura Nacional").

Keywords: Civil Liability. State Civil Liability. Jurisdictional Function. Legal State Civil Liability. Civil Liability of the Judge.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Abr. – Abril
AC – Acre
AC – Apelação cível
Ago. – Agosto
AgR – Agravo regimental
AgRg no AREsp – Agravo regimental no agravo em recurso especial
AgRg no REsp – Agravo regimental no recurso especial
APELREEX – Apelação / reexame necessário
AR – Ação rescisória
ARE – Agravo em recurso extraordinário
AREsp – Agravo em recurso especial
Art. – Artigo
Atual. – Atualizada
BA – Bahia
CC – Código Civil
CE – Ceará
Cf. – Conforme
CF – Constituição Federal
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CP – Código Penal
CPC – Código de Processo Civil
CPP – Código de Processo Penal
Des. – Desembargador
Dez. – Dezembro
DF – Distrito Federal
DJ – Diário de Justiça
DJe – Diário de Justiça eletrônico
EC – Emenda constitucional
ED – Embargos de declaração
Ed. – Edição
ES – Espírito Santo
F. – Folhas
Fev. – Fevereiro
GO – Goiás
HC – *Habeas corpus*
Inc. – Inciso
J. – Jurisdição
Jan. – Janeiro
Jul. – Julho

LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro
LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional
MA – Maranhão
Mar. – Março
MG – Minas Gerais
Min. – Ministro
MS – Mandado de segurança
N.º – Número
NCPC – Novo Código de Processo Civil
Nov. – Novembro
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
Out. – Outubro
P. – Página
PE – Pernambuco
PR – Paraná
RE – Recurso extraordinário
Rel. – Relator
REsp – Recurso especial
Rev. – Revista
RHC – Recurso ordinário em *habeas corpus*
RI – Recurso inominado
RJ – Rio de Janeiro
RO – Rondônia
RS – Rio Grande do Sul
SC – Santa Catarina
SE – Sergipe
Set. – Setembro
SP – São Paulo
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
T. – Tomo
TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSC – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRF 2 – Tribunal Regional Federal da Segunda Região
TRF 3 – Tribunal Regional Federal da Terceira Região
TRF 4 – Tribunal Regional Federal da Quarta Região
Vol. – Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	25
1 ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: A EVOLUÇÃO DO CONCEITO E A REALIDADE LEGISLATIVA BRASILEIRA.....	33
1.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL, SUBJETIVA E OBJETIVA, E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	33
1.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: SEUS ELEMENTOS E O ESTADO DE DIREITO.....	37
1.3 TEORIAS EXPLICATIVAS DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	40
1.3.1 A teoria da irresponsabilidade: a “imunidade total” do Estado.....	40
1.3.2 As teorias civilistas: o protagonismo do elemento “culpa”.....	43
1.3.2.1 A teoria dos atos de império e de gestão: o sistema misto de responsabilidade.....	43
1.3.2.2 A teoria da culpa civil: necessidade de comprovação de dolo ou culpa da pessoa física a serviço do Estado.....	44
1.3.3 As teorias publicistas: o protagonismo do elemento “risco”.....	46
1.3.3.1 A teoria da culpa administrativa: a despersonalização da culpa e a <i>faute du service</i>	46
1.3.3.2 A teoria do risco administrativo: a suficiência do elemento objetivo e da demonstração do nexo de causalidade.....	48
1.3.3.3 A teoria do risco integral: sinônima de risco administrativo ou teoria autônoma?.....	51
1.4 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO: DO IMPÉRIO ATÉ 1988.....	53
1.4.1 A responsabilidade civil do Estado nos Códigos Civis de 1916 e de 2002.....	59
1.5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O ART. 37, § 6.º, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	61
1.5.1 Inovações da CF 1988 em relação à disciplina da responsabilidade civil do Estado.....	62
1.5.1.1 Abrangência dos sujeitos que ensejam responsabilidade estatal: pessoas de direito público e de direito privado.....	62

1.5.1.2 A substituição de “funcionários” por “agentes”: noção do novo termo e ampliação do alcance da norma.....	65
1.5.2 A cobrança em face do agente público: o direito de regresso e a denúncia da lide.....	67
1.6 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988: O CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	74
1.7 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	77
1.7.1 O dano indenizável: elemento indispensável à caracterização da responsabilidade civil.....	77
1.7.2 O nexo de causalidade: o vínculo entre a conduta estatal e o dano indenizável.....	80
1.7.3 A qualidade de agente, na prática do ato, de quem causou o dano.....	83
1.8 ATENUANTES E EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	84
1.8.1 A (in)distinção entre força maior e caso fortuito.....	85
1.8.2 Fato exclusivo ou concorrente da vítima e o rompimento do nexo de causalidade.....	89
1.8.3 Fato exclusivo ou concorrente de terceiro: dinâmica semelhante à do fato da vítima.....	90
1.9 O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO A PARTIR DE DANO DECORRENTE DE ATIVIDADE LÍCITA.....	91
1.10 O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO A PARTIR DE DANO DECORRENTE DE ATIVIDADE OMISSIVA (DO ESTADO).....	97
2 ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS: A FUNÇÃO JURISDICIONAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL PESSOAL DO JUIZ.....	107
2.1 A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO.....	107
2.1.1 Função e atos judiciais e jurisdicionais: gênero e espécie.....	110
2.2 FUNDAMENTOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO-JUIZ A PARTIR DA DESCONSTRUÇÃO DAS TESES DA SUA IRRESPONSABILIDADE.....	111
2.2.1 A soberania do Poder Judiciário e a soberania do Estado.....	112
2.2.2 A independência dos juízes no exercício de suas funções.....	115
2.2.3 A falibilidade humana como atributo dos juízes.....	116
2.2.4 Afronta à coisa julgada e o limite da responsabilidade.....	117

2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS DECORRENTES DE ATOS JURISDICIONAIS: O “ÚLTIMO REDUTO” DA IRRESPONSABILIDADE?.....	119
2.3.1 A responsabilidade civil do Estado-Juiz e o seu caráter de excepcionalidade.....	120
2.3.2 A responsabilidade do Estado-Juiz como regra: a inexistência de diferença ontológica face aos demais Poderes.....	131
2.4 ATIVIDADE JUDICIAL DANOSA E ERRO JUDICIÁRIO.....	139
2.4.1 (Des)necessidade de declaração prévia para reconhecer o erro judiciário: revisão criminal e ação rescisória.....	145
2.5 RESPONSABILIDADE CIVIL E PESSOAL DO JUIZ NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL.....	150
2.5.1 Delimitação da responsabilidade civil e pessoal do julgador no exercício da função jurisdicional.....	151
2.5.2 A independência dos juízes e os limites da responsabilidade.....	155
2.5.3 Ordenação positiva da responsabilidade civil do magistrado: os arts. 133 do CPC e 49 da LOMAN.....	156
2.5.2.1 Art. 133, inc. I, do CPC (art. 49, inc. I, da LOMAN): dolo ou fraude do magistrado.....	166
2.5.2.2 Art. 133, inc. II e parágrafo único, do CPC (art. 49, inc. II e parágrafo único, da LOMAN): culpa do magistrado.....	170
CONCLUSÃO.....	175
REFERÊNCIAS.....	183

INTRODUÇÃO

A ideia de reparação é regra basilar da vida em sociedade. Somente se pode falar em paz ou justiça social quando se reconhece a obrigação de reparar os danos causados a terceiros, restituindo-lhes a realidade fática e situação jurídica anteriores.

Nesse contexto, tem-se que ao Estado não escapa o dever reparatório. O desenvolvimento do ente público como sujeito de direitos alçou-o à condição de agente, cuja responsabilidade independe da responsabilidade da pessoa física que exerce funções em seu nome. Trata-se de instituto que ultrapassa a barreira do direito privado, merecendo o tema da responsabilidade civil do Estado disciplina e tratamento próprios.

Com efeito, o presente trabalho tem por escopo analisar os elementos dessa responsabilidade. Seu desenvolvimento centrar-se-á no direito civil, porém fará uso constante de elementos de direito administrativo, que emergem do viés público que a temática entoa. A interdisciplinaridade será a marca deste estudo, que buscará em fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais as bases para o seu enredo.

Como a responsabilidade civil do Estado enseja diversas possibilidades de pesquisa, o tema não poderia ser exaurido em trabalho acadêmico deste porte. Por isso, fez-se a escolha pelo aprofundamento das implicações causadas pelo exercício da função jurisdicional. Não que se pretenda exaurir esse tema específico, mas, na realidade, oferecer, a partir da tríade de fontes acima referida, tratamento geral sobre as suas principais características e controvérsias.

Os motivos que levaram a esse recorte cingem-se no fato de que a atividade jurisdicional é braço indissociável da democracia, sendo relevante para a emancipação do Estado e da vida em sociedade. Todos são de alguma forma e em algum momento atingidos pelo exercício do monopólio judiciário, posto diuturnamente em prática por juízos e tribunais de diversas localidades, instâncias e especialidades, de modo que o alto volume de trabalho é diretamente proporcional aos danos causados pela sua prática. Além disso, pela natureza da função envolvida, há particularidades interessantes e determinantes a serem observadas, as quais não se vislumbrariam na análise da responsabilidade civil do Estado por atos dos Poderes Executivo e Legislativo.

Dessa forma, embora o tema seja recorrente em trabalhos acadêmicos – a responsabilidade civil geral do Estado ainda mais que a responsabilidade civil do Estado por ato dos juízes –, a pesquisa tem

como objetivo realizar um apanhado sobre a matéria, reunindo os aspectos recorrentes em livros e artigos científicos. Propõe-se uma visão ampla da questão, com os posicionamentos atualizados acerca das discussões que dela decorrem, com ênfase em decisões das mais altas Cortes de Justiça do país.

Diante disso, a presente dissertação seguirá o método dedutivo, monográfico e bibliográfico, com pesquisa na legislação, doutrina e jurisprudência. Ela encontra-se estruturada em dois capítulos, seguindo o modelo francês de trabalhos acadêmicos, tendo-se optado por essa estrutura para deixar mais direta e objetiva a abordagem, dividindo-se a pesquisa em dois grandes momentos.

No primeiro deles, tratar-se-á da responsabilidade civil do Estado, fixando-se as bases para a discussão específica, objeto do segundo capítulo.

O estudo iniciará demonstrando se o Estado pode ser responsabilizado civilmente, e quais as características dessa responsabilidade – se extracontratual ou contratual, se objetiva ou subjetiva. Ou seja, estabelecerá os aspectos da responsabilidade civil que serão essenciais para o poder público, relacionando-os em paralelo aos alicerces do Estado democrático de Direito e ao seu desenvolvimento.

Posteriormente, será conceituada a responsabilidade civil do Estado, verificando-se a possibilidade dela se manifestar em atos praticados por todos os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Fazendo-se uso de elementos históricos, será traçada a linha teórica que marca a evolução do tema, partindo desde a teoria da irresponsabilidade, própria dos Estados absolutistas, passando pelas teorias civilistas, centradas na culpa, e chegando às teorias publicistas, que são as mais importantes para a realidade brasileira. Ao final, será indicada a teoria atualmente seguida no ordenamento jurídico brasileiro.

O trabalho se propõe a verificar quais são os motivos que sustentavam a ideia de irresponsabilidade do Estado e a averiguar a sua relevância atualmente. Outrossim, analisará as teorias civilistas, relacionando-as ao desenvolvimento das ideias liberais. Far-se-á a distinção entre os atos de gestão e os atos de império, apontando a utilidade ou viabilidade dessa diferenciação. E, ainda, destacará os elementos subjetivos da culpa e do dolo e suas implicações diante da responsabilidade civil do Estado. Em seguida, serão introduzidas as teorias publicistas, discutindo-se em que ponto rompem e se distanciam das civilistas. Conceitos como o de culpa administrativa, que é modalidade particular de culpa, serão trazidos à baila, além de se

realizar a caracterização da teoria do risco administrativo, apontar a sua relevância para a realidade jurídica brasileira e verificar como se operacionaliza. No último momento, tentar-se-á diferenciar a teoria do risco administrativo da teoria do risco integral, apontando qual é seguida no Brasil.

Posto o desenvolvimento das teorias, far-se-á, em seguida, incursão na realidade legislativa brasileira, apresentando-se o tratamento dispensado em cada Constituição, bem como nos Códigos Civis de 1916 e 2002. A explanação da evolução constitucional buscará melhor elucubrar o tema com vistas a demonstrar qual é o sistema seguido pela Constituição vigente, destacando, sobretudo, as transformações sentidas a partir da Constituição de 1946, e verificando o que mudou a partir desse Diploma, inclusive se houve mudanças durante o período de ditadura militar. Essa abordagem é essencial para se denotar como foram diferentes os tratamentos dados para a questão ao longo dos anos, até se chegar ao modelo atualmente estabelecido, apresentado na sequência do trabalho.

Como se verá, a Constituição de 1988 trata da responsabilidade civil do Estado no seu art. 37, § 6.º. A pesquisa irá tratar das principais mudanças trazidas por esse dispositivo, averiguando qual é a dimensão e os limites impostos pela Carta vigente. Discorrerá sobre quais são as pessoas jurídicas e físicas que, alcançadas pela responsabilidade do ente público, ensejam a sua incidência, e assentará as bases da responsabilidade pessoal do agente público, exercida regressivamente.

Neste ponto, serão adicionados à pesquisa elementos de direito processual, ao se relacionar a denunciação da lide com a responsabilidade civil do ente público e de seus agentes. Tal incursão é necessária para definir como se opera a discussão da responsabilidade, analisando-se quem pode compor o polo passivo da ação indenizatória (se somente o Estado ou se também o agente público). Também será indicado o posicionamento das mais altas Cortes do país como forma de aprofundar a questão da (im)possibilidade da denunciação da lide.

A apresentação do panorama constitucional e da dinâmica ali sugerida será essencial para a análise dos requisitos da responsabilidade civil do Estado, também realizada neste trabalho.

Não se descuida que, conquanto interdisciplinar, o presente estudo fixa-se no direito civil. Logo, os pressupostos de responsabilidade serão individualmente tratados, sendo possível aferir, inclusive, as diferenças e peculiaridades que guardam da teoria geral da responsabilidade civil, exclusivamente privada.

Acerca dos requisitos, averiguar-se-á a (in)dispensabilidade da verificação do dano para a responsabilidade civil do Estado, conceituando-o e apontando as características para a sua verificação, bem como as hipóteses nas quais poderão ser indenizáveis. Também se conceituará nexos causal, aferindo-se a sua (in)dispensabilidade e indicando a teoria de causalidade adotada pelo direito brasileiro. No mais, será definida a abrangência do termo “agentes”, discutindo-se se a responsabilidade decorre exclusivamente de atos causados em serviço.

Nessa mesma linha, seguir-se-á falando das atenuantes e excludentes de responsabilidade. Ou seja, das interferências que, aproximando-se da teoria geral, acabam por minorar ou limar a responsabilidade do poder público, afastando-a. Para tanto, serão verificados os diversos tratamentos dados pela doutrina aos conceitos de força maior e de caso fortuito, salientando as características que lhes são comuns, e, igualmente, apontando como se manifestam as atenuantes ou excludentes consubstanciadas no fato da vítima e de terceiro.

Na seção derradeira do capítulo, analisar-se-á a responsabilidade civil do Estado decorrente de atos lícitos, se é possível reconhecê-la ou não, e quais são os requisitos para a sua configuração e as situações em que ela se manifesta. Após, será abordada a responsabilidade decorrente de condutas omissivas, averiguando-se se possuem regimes diferentes ou se lhe é dado tratamento similar à regra geral, relacionada sem dificuldades às comissões. O estudo apontará o tratamento dado, na doutrina e na jurisprudência, a respeito da modalidade de responsabilidade aplicada nos casos de danos decorrentes da omissão do Estado, se objetiva ou subjetiva, explanando os aspectos de cada uma delas, de acordo com as respectivas correntes.

Encerrada a apresentação dos aspectos gerais da responsabilidade civil do Estado, a pesquisa passará ao escrutínio da responsabilidade decorrente de atos jurisdicionais.

O tema será introduzido a partir da definição das características de cada um dos três Poderes que formam o Estado, diferenciando-os pela sua respectiva função típica. Também se verá se as funções exercidas por cada um dos Poderes é absoluta, ou se há possibilidade de determinado Poder exercer função teoricamente atribuída a outro.

Feito isso, direcionando-se para os aspectos da atividade do Judiciário, será analisado o que é jurisdição e função e ato jurisdicional, investigando-se sua relação com a função e ato judiciário, e se detém os mesmos regimes de responsabilidade. Após, serão tratadas as modalidades de atividade judicial danosa e será abordado item peculiar à matéria, consubstanciado no erro judiciário. Propor-se-á a sua

conceituação, limitando a sua incidência e apresentando o tratamento legislativo que lhe é dado. Com efeito, esse conceito pode sinalizar o tratamento diferenciado que é dispensado a essa modalidade de responsabilidade civil, delineando o regime que lhe é próprio, o qual não segue à risca os postulados estabelecidos no capítulo predecessor.

Para aprofundar o tema do erro judiciário, o estudo proporrá a descrição do erro judiciário criminal e do erro judiciário cível, apresentando as hipóteses nas quais é possível vislumbrá-los. Além disso, buscará aferir a necessidade de revisão criminal ou de ação rescisória para se constituir o erro judiciário.

Na sequência, o capítulo passará a analisar, propriamente, o sistema de responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, relacionando-o ao sistema geral proposto no capítulo anterior, sobretudo naquilo que diferem. Ter-se-á como objetivo verificar quais situações ensejam a responsabilidade por ato jurisdicional, e se ela é aferida como regra ou em situações excepcionais.

Será definido, igualmente, qual é o entendimento jurisprudencial majoritário sobre a caracterização do dever de indenizar, tendo-se por objetivo averiguar se a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, em sendo reconhecida, como regra geral ou como exceção, será objetiva, nos termos do art. 37, § 6.º, da CF.

Com base nas características da função, será abordada a excepcionalidade que pode circundar a responsabilidade por ato jurisdicional, além da sua proximidade e distanciamento da responsabilidade por atos executivos e legislativos. O estudo verificará até que ponto as características próprias do Poder Judiciário e as características da carreira da magistratura justificariam ou não dispensar tratamento diferenciado à responsabilidade por atos dos juízes, identificando-se se há justificativas plausíveis para o tratamento diferenciado da responsabilidade estatal por atos dos juízes.

Aprofundando a discussão, o estudo passará a versar sobre os casos nos quais é possível observar a responsabilidade, aferindo se toda decisão judicial, por simplesmente causar danos, pode ou não ser objeto de ação indenizatória. Será, então, que qualquer decisão desfavorável, que desagrade a parte, pode ser objeto de ação indenizatória em face do Estado? Quais seriam os requisitos e características das decisões que ensejam a responsabilidade por ato jurisdicional?

Neste ponto, será visto até que ponto a famigerada independência dos juízes pode afastar a responsabilidade do Estado – se há, e em que grau, margem para a livre atuação.

Juntamente com esse fundamento, outros, igualmente recorrentes na doutrina, serão abordados com vistas à desconstrução da irresponsabilidade por ato jurisdicional. Buscar-se-á verificar: se o Poder Judiciário ou o Estado detém soberania, e se esta justificaria a não subjugação do Estado à lei nos casos de responsabilidade por danos decorrentes da atividade jurisdicional; como convivem a independência dos magistrados e a responsabilização do Estado; se a possibilidade de o juiz, por ser humano, cometer falhas pode servir para isentar o Estado de responsabilidade; se a coisa julgada impõe limite ao reconhecimento da responsabilidade, definindo-se esse instituto processual. Novamente, o trabalho fará uso de elementos de direito processual, neste caso, para tratar da coisa julgada e de suas implicações em face da matéria.

Complementando todos os aspectos trazidos, será abordada a responsabilidade civil do juiz, verificando-se as diferenças que guarda ante a responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional, relacionando-as, o que auxiliará na própria compreensão desta. Antes disso, porém, a responsabilidade civil do juiz será contrastada às suas responsabilidades penal e disciplinar, com o objetivo de limitá-la.

Ressaltar-se-á, aliás, se ao magistrado deve ser dado tratamento semelhante aos demais agentes públicos, investigando-se até que ponto os regimes de responsabilidade se confundem. E até que ponto as características e garantias próprias do cargo atraem diferenciações.

Por fim, a análise dos arts. 133 do CPC e 49 da LOMAN dará a tônica final da pesquisa. Há aspectos relevantes que podem defluir da análise legislativa, merecendo esta tratamento especial mediante a individualização dos incisos, relacionando-os às condutas comissivas e omissivas.

Justifica-se a abordagem da responsabilidade dos magistrados, pois a sua atividade compreende a essência da responsabilidade civil do Estado, sendo fundamental a análise em paralelo da responsabilidade própria das pessoas físicas, e da forma que elas se relacionam. Sobre a responsabilidade do magistrado, ter-se-á como objetivo, em específico, analisar as correntes referentes ela, e se pode ou não ser aferida de forma direta ou apenas regressivamente, além dos requisitos indispensáveis para a sua configuração. Posteriormente, o objetivo será verificar como o tema da responsabilidade civil do juiz será abordado no novo Código de Processo Civil.

Na parte final do trabalho, serão conceituados o dolo e a fraude, apontando-se aspectos nos quais se aproximam e nos quais se distanciam. Também a culpa será alvo de definição e investigação, a fim de se estabelecer se ela pode ou não ensejar a responsabilidade civil do

magistrado. Ademais, analisar-se-á a responsabilidade decorrente da recusa, omissão ou retardamento do juiz, verificando-se a influência teórica e prática do parágrafo único do art. 133 do CPC e 49 da LOMAN na configuração dessa responsabilidade, propondo-se análise crítica de sua previsão.

Expostos os principais aspectos referentes ao tema, serão, ao final, estabelecidas as conclusões.

Com efeito, pode-se dizer que, hoje, com o desenvolvimento das relações jurídicas, cada vez mais complexas, acentuam-se as implicações de um instituto em mais de uma área da ciência jurídica, sendo difícil realizar um trabalho que não transcenda, ainda que minimamente, as fronteiras de uma determinada área. Com isso, as conclusões que aqui serão aferidas certamente irão tangenciar elementos de direito civil e administrativo (mas não só), demonstrando a interdisciplinaridade do estudo.

Logo, reforça-se que a pesquisa feita e relatada a seguir envereda-se por diversas áreas, buscando pinçar, em cada uma delas, os elementos necessários para se cumprir seu objetivo principal: verificar se é dado à responsabilidade civil do Estado decorrente do exercício da função jurisdicional tratamento semelhante ao dado à regra geral de responsabilidade civil do Estado. Para tanto, será oferecida uma visão substancial e completa dessas responsabilidades, relacionando-as com a realidade jurídica brasileira hodierna, e averiguando até que ponto a modalidade específica segue os ditames da responsabilidade civil estatal genérica.

1 ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: A EVOLUÇÃO DO CONCEITO E A REALIDADE LEGISLATIVA BRASILEIRA

1.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL, SUBJETIVA E OBJETIVA, E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A palavra “responsabilidade” exprime, etimologicamente, a obrigação de se responder a algo¹. Tal conceito aproxima-se da ideia de reparação², manifestando-se, em direito civil, sempre que houver violação ao dever geral de não se causar dano a alguém, traduzido na máxima *neminem laedere*, do direito romano.

A responsabilidade civil cuida do dever de reparação impingido pela lei a quem, contrariando o ordenamento jurídico, der causa, por comissão ou omissão, a prejuízo material ou moral a *outrem*³. Trata-se de reparação que, com base no princípio da reparação integral⁴, objetiva restabelecer o equilíbrio social rompido pelo dano, tentando-se “recolocar o prejudicado, ainda que de forma apenas aproximativa, na situação que se encontraria caso o ato danoso não houvesse ocorrido”⁵ – retorno ao *statu quo ante*.

¹ Do latim, *respondere*.

² Que, segundo Georges Ripert, pode ser considerada “uma das mais velhas ideias morais da humanidade”. RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. 3. Ed. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002, p. 223.

³ Conforme René Savatier, a obrigação de reparar o dano pode ser atribuída àquele que, mesmo não tendo ocasionado diretamente os danos, é responsável por quem ou pelo quê os causou. SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile em Droit Français*. T. 1. Paris: LGDP, 1939, p. 1. Na mesma linha, José de Aguiar Dias entende que a responsabilidade por fato de *outrem* não contraria a ideia geral de que a responsabilidade emana da violação de um dever preexistente, porque a obrigação continua sendo do próprio responsável, que, sozinho ou em conjunto com o agente, responde pelo dano. AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 11.^a ed., rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 95-96.

⁴ Para aprofundamento do tema, ver: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵ SANSEVERINO, 2010, p. 34.

A responsabilização cria, em verdade, (nova) relação, na qual o responsável torna-se devedor e a vítima seu credor, surgindo em favor desta a possibilidade de acionar judicialmente o causador do prejuízo⁶.

Admite-se, nessa relação, que o papel de devedor – responsável por reparar o dano – seja ocupado por pessoas físicas ou jurídicas, e as pessoas jurídicas podem ser de direito privado ou público. O Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público, pode ser civilmente responsabilizado, inexistindo óbice para o reconhecimento do seu dever de indenizar. Pode, portanto, vir a causar prejuízos a terceiros, o que lhe acarreta, assim como para outros sujeitos, a obrigação de recompor os agravos patrimoniais advindos do ato lesivo comissivo ou omissivo⁷.

Logo, da mesma forma que uma empresa privada, que é composta por administradores e dirigentes, pode o Estado ser responsabilizado civilmente por prejuízos causados por seus servidores e agentes – afinal, os atos destes são atos do próprio Estado⁸ –, o que se mostra ainda mais evidente se considerado o protagonismo do ente estatal nas últimas décadas⁹.

Antes, contudo, de se adentrar na responsabilidade civil do Estado, deve-se destacar que, pela complexidade que é peculiar ao instituto da responsabilidade civil, resultante da sua própria evolução¹⁰, o mesmo possui diversas classificações, sendo que duas delas merecem especial atenção no presente trabalho.

⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 341-342.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. 1.^a Ed., 4.^a Tiragem. São Paulo: RT, 1984, p. 252.

⁸ O ente estatal nada mais é do que o resultado das manifestações de vontade dos seus agentes e servidores, as quais formam o que a doutrina denominou sua “vontade unitária”. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 77.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 136-137.

¹⁰ De acordo com Rafael Peteffi da Silva, a evolução da responsabilidade civil manifestou-se pelo abandono da visão individualista, centrada na identificação do caráter culposo da conduta, para a visão solidarista, preocupada efetivamente com a reparação dos danos. SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3.^a Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 04-05.

A primeira compreende a diferenciação entre responsabilidade contratual e extracontratual^{11 12}.

A verificação do prejuízo não pressupõe, necessariamente, a existência de relação contratual entre as partes, sendo perfeitamente possível que o dever de indenizar decorra de dano alheio a qualquer relação ou manifestação de vontade prévia, o que se justifica pela própria lógica da ordem jurídica.

Com efeito, a análise proposta no presente trabalho referir-se-á, exclusivamente, à responsabilidade extracontratual do Estado, aquiliana ou não¹³, porquanto a sua responsabilidade contratual é regida por normas próprias, inerentes à disciplina dos contratos administrativos¹⁴.

¹¹ Sérgio Cavalieri Filho, sobre a responsabilidade extracontratual e a contratual, aduz que ambas envolvem a violação de um dever jurídico preexistente, diferenciando-se pelo tipo ou origem de tal dever. “Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 30-31. Para aprofundamento do tema, ver: AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 11.ª ed., rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131-768.

¹² Sugerindo o abandono dos termos responsabilidade extracontratual e contratual, Fernando Noronha aponta que o termo “contratual” é incompleto, pois exclui os negócios jurídicos unilaterais, dando a entender, erroneamente, que estes seriam regidos por princípios distintos dos que regem os contratos (negócios bilaterais). Ver em: NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3.ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 454-455.

¹³ Segundo Fernando Noronha, a designação “responsabilidade aquiliana”, enquanto outra significação de responsabilidade extracontratual, será apropriada restritamente ao se tratar da responsabilidade subjetiva (culposa). NORONHA, 2010, p. 455-456.

¹⁴ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá Editora, 1996, p. 51.

A segunda classificação a merecer atenção compreende as interações entre a (in)dispensabilidade do elemento “culpa” e o dever de indenizar, isto é, a responsabilidade subjetiva e objetiva¹⁵.

Ao longo dos anos, verificou-se uma mudança de abordagem da responsabilidade civil nesse particular, com o deslocamento do enfoque do reconhecimento da obrigação reparatória, o qual partiu do elemento “culpa”, próprio do Estado liberal, para o elemento “dano”, próprio do Estado do Bem-Estar Social, sem se promover o abandono do primeiro¹⁶.

Essa movimentação acabou por culminar na afirmação da “*responsabilidad por riesgo*”¹⁷, pela qual se tornou possível verificar a obrigação reparatória mesmo quando não se observar infração a lei¹⁸. Para o mesmo autor, aliás, a alteração de perspectiva deveu-se às novas exigências trazidas pelas mudanças na convivência humana, possivelmente em decorrência do aperfeiçoamento das relações na sociedade moderna.

Com efeito, o processo que culminou na configuração teórica da responsabilidade civil do Estado no *Welfare State* confunde-se com esse deslocamento.

A atual proximidade com a Teoria do Risco não ocorreu sem antes se compreender a responsabilidade do Estado pelo elemento subjetivo e, até mesmo, pela sua total irresponsabilidade, sendo certo que o desenvolvimento da responsabilidade estatal acompanhou as

¹⁵ Para aprofundamento do tema, ver: LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. pelo professor Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998. SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3.ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 01-18.

¹⁶ “Até o final do século XIX, o sistema de culpa (modelo subjetivo) funcionara satisfatoriamente. Os efeitos da Revolução Industrial e a introdução do maquinismo na vida cotidiana romperam o equilíbrio. A máquina trouxe consigo o aumento do número de acidentes, tornando cada vez mais difícil para a vítima identificar uma ‘culpa’ na origem do dano e, por vezes, indicar o próprio causador do dano. Daí o impasse: condenar uma pessoa não culpada a reparar os danos causados por sua atividade ou deixar-se a vítima, ela também sem culpa, sem nenhuma indenização”. FACCHINI NETO, Eugênio. Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo Código. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, n.º 309, ano 51, p. 23-32.

¹⁷ Em tradução livre, responsabilidade por risco (responsabilidade objetiva). LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Vol. 1. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 191.

¹⁸ No sentido de conduta culposa originária de ato ilícito.

próprias transformações políticas, econômicas e sociais do Estado de Direito.

Quanto à tradição jurídica brasileira, Roberto Paulino de Albuquerque Júnior ensina, em artigo publicado na Revista de Direito Civil Contemporâneo (RDCC), que esse deslocamento manifestou-se do paradigma liberal, marcado, sobretudo, pelo Código Civil de 1916, para o paradigma social, o que ocorreu ao longo do século XX e teve sua máxima expressão na Constituição de 1988. A doutrina atribui a esse paradigma “a superação da tradição voluntarista e subjetivista da responsabilidade civil”, afirmando a responsabilidade sem culpa¹⁹.

Eventuais resistências quanto à consideração do Estado como sujeito civilmente responsável praticamente inexistem atualmente, visto que injustificáveis, devendo-se tomar a responsabilidade civil estatal como instituto inerente à ordem jurídica²⁰. Para tanto, reafirma-se a extracontratualidade dessa responsabilidade, introduzindo-se a influência de teorias subjetivas e objetivas sobre o seu delineamento, sendo tais premissas essenciais para a compreensão inicial do conceito.

1.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: SEUS ELEMENTOS E O ESTADO DE DIREITO

Yussef Said Cahali define a responsabilidade civil do Estado “como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades”²¹. Trata-se do dever juridicamente atribuído de se compor o prejuízo causado por agente público no desempenho de suas funções ou sob o pretexto de seu exercício²².

¹⁹ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo – RDCC*. São Paulo: RT, vol. 6, ano 3, jan.-mar. 216, p. 90.

²⁰ Em maior ou menor escala, a ideia de responsabilização do Estado é aceita em todas as legislações, doutrinas e jurisprudência de outros países. BANDEIRA DE MELLO, 1984, p. 252-253.

²¹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 11.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41.^a Ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 02.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 762.

Percebe-se que a verificação prática da responsabilidade civil estatal orienta-se pela presença de três sujeitos, elementos fundamentais para a sua configuração: o Estado, o lesado e o agente estatal^{23 24}.

Especificamente em relação ao Estado, tem-se que este, enquanto sujeito civilmente responsável, pode ser considerado como “a sociedade juridicamente organizada”, assim posta para satisfazer aspirações individuais e coletivas visando a atingir o bem comum²⁵. O ente estatal desempenha funções, as quais podem ensejar responsabilização, representadas e exercidas pelos Três Poderes, podendo falar-se em responsabilidade no âmbito administrativo (o Executivo²⁶), legislativo (o Legislativo) e jurisdicional (o Judiciário)²⁷, seja da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios²⁸.

Sobre a responsabilidade civil do Estado nos seus três vieses²⁹, tem-se que o *legislador* pode adotar resoluções que violem direitos ou

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev. ampl. atualizada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 554.

²⁴ Entre tais sujeitos, emergem duas relações que serão decisivas para se configurar a responsabilização, as interações entre Estado e lesado e entre Estado e agente público, as quais serão oportunamente analisadas neste trabalho.

²⁵ REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5.ª Ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

²⁶ Seja da administração direta ou indireta.

²⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 15.

²⁸ CUSTÓDIO, Helita Barreira. Responsabilidade civil do estado: princípios gerais. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, Vol. 78, out/1996, p. 69.

²⁹ Por ser possível reconhecer a responsabilidade civil do Estado decorrente de atos praticados em seus três âmbitos (Poderes), Roberto Brêtas Carvalho Dias entende apropriado o termo “responsabilidade civil do Estado”, negando a utilização de “responsabilidade civil da Administração Pública”, pois que a responsabilidade não se restringe ao exercício da função administrativa, como a expressão Administração Pública sugere, mas abrange os atos decorrentes das demais funções estatais, a legislativa e jurisdicional. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 52. No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro nega o termo “responsabilidade civil da Administração Pública” sob a justificativa de que este compreende designação genérica, uma vez que apenas a entidade estatal possui titularidade para o exercício de direitos e obrigações. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015, p. 785.

cuja execução lese a liberdade ou propriedade; o *governo* pode promover atos, decisões ou decretos que acarretem danos inevitáveis às pessoas ou aos seus haveres; e o *juiz ou tribunal* podem ordenar medidas ou decidir contra a verdade dos fatos e o direito expresso, lesando, conseqüentemente, o direito das partes³⁰.

De efeito, não há óbice na doutrina atual ao reconhecimento da responsabilidade civil estatal em qualquer de suas três “modalidades”, muito embora, em um primeiro momento, sua aceitação tenha sido verificada apenas quanto a atos do Executivo³¹.

A ampliação do instituto, para tanto, é produto das transformações históricas por que o conceito passou, sendo viável concluir, hoje, que a responsabilização do Estado é indissociável da própria noção de Estado de Direito³². Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “a ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito”. Explica que a emancipação do princípio da igualdade de todos, pessoas de direito público ou privado, perante a lei acaba por sujeitá-las, todas, à ordem jurídica, fazendo com que respondam pelas violações por que são responsáveis³³.

Nesse sentido, Cármen Lúcia Antunes Rocha, hoje Ministra do Supremo Tribunal Federal (STF), entende que a eficácia da teoria da responsabilidade é diretamente proporcional à própria característica democrática do Estado responsável, sendo medida de respeito aos seus indivíduos e à sociedade³⁴. É a responsabilização do Estado, em todos os seus âmbitos, conquista indispensável à realização da justiça material³⁵.

Reafirmada a importância do instituto para a composição e desenvolvimento do próprio Estado democrático, e sabendo-se que o

³⁰ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do estado*. 2 t. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 142-143.

³¹ SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 51.

³² DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade civil do estado no direito brasileiro. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: vol. 29, maio/2004, p. 141.

³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31.ª Ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1.017.

³⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. ° 111, jul./set. 1991, p. 81.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974, p. 13.

processo evolutivo da responsabilidade civil estatal é, em doutrina, marcado pela percepção de três fases, indispensável promover-se a tratativa histórica de tais mudanças, a fim de se complementar e melhor compreender o instituto.

1.3 TEORIAS EXPLICATIVAS DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A doutrina firmada ao longo do século XX é uníssona em identificar três grandes marcos teóricos, cronologicamente organizados, acerca da responsabilidade civil do Estado. Em breve síntese, é possível reconhecer as seguintes etapas: inicialmente, uma fase de total irresponsabilidade do ente estatal, havendo apenas a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos (teoria da irresponsabilidade); na sequência, o início da responsabilização, com a incursão em um período de valorização do elemento subjetivo – culpa –, com especial protagonismo do direito civil (teorias civilistas); e, por fim, a transmutação do enfoque para o elemento objetivo – risco –, aproximando-se do direito público (teorias publicistas)³⁶.

1.3.1 A teoria da irresponsabilidade: a “imunidade total” do Estado

A teoria da irresponsabilidade do Estado prevaleceu no direito europeu a partir do século XVI, tendo sido sustentada pela dominância de uma concepção político-teocrática de soberania, própria do regime absolutista, pela qual o poder, centrado na figura do rei, teria procedência divina³⁷.

Como epítomes da ideia de que o soberano – expressão do Estado absoluto – estava acima de tudo e de todos, não sendo capaz de causar danos, muito menos de ser responsabilizado pelo seu cometimento, despontam as máximas “*quod principi placuit habet legis vigorem*”, “*the king can do no wrong*”, “*sovereign can do no wrong*”, “*le roi ne peut mal faire*” e “*l’État c’est moi*”, esta última imortalizada pelo rei francês Luís XIV.

Para Yussef Said Cahali, a irresponsabilidade absoluta do Estado se justificaria por três postulados: *o Estado é soberano*, o que impede a sua responsabilização perante particulares, justamente para assegurar a sua superioridade hierárquica (responsabilizá-lo seria o mesmo que o

³⁶ CAHALI, 2012, p. 17-18.

³⁷ DIAS, *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, 2004, p. 22.

rebaixar ao nível dos súditos); *o Estado é sinônimo de legalidade e justiça* (“direito organizado”), não sendo capaz de realizar atos que contrariem tal ordem; e *os atos de funcionários a serviço do Estado não podem ser considerados atos de Estado*, sendo esses exercidos exclusivamente pelo monarca. Goza o Estado (rei), portanto, de “imunidade total”, de modo que, sendo ele próprio o direito, jamais praticaria injustiças³⁸.

Já José de Aguiar Dias esclarece que a doutrina da irresponsabilidade, que está “destinada a desaparecer”, fulcra-se nos seguintes postulados: o Estado não tem vontade efetiva; o Estado age através de seus funcionários, devendo os danos serem reparados por eles, exclusiva e individualmente; os funcionários não estão autorizados a agir fora da lei. Se assim o fazem, não estão agindo na sua qualidade de funcionários, mas alheios ao poder público³⁹.

Nesse período, o máximo de reparação que os particulares poderiam obter perante a Administração Pública restringia-se aos casos de responsabilidade pessoal do funcionário público⁴⁰, quando o ato lesivo pudesse ser relacionado, de forma direta, a um comportamento pessoal dele⁴¹.

Contudo, raros foram os casos nos quais a responsabilização do funcionário foi reconhecida, cabendo aos próprios particulares arcarem com os prejuízos decorrentes de atos administrativos⁴². Em França, a própria lei dificultava o reconhecimento da responsabilidade do funcionário ao impor-lhe como requisito, nos termos do artigo 75 da Constituição do Ano VIII⁴³, a autorização do Conselho de Estado

³⁸ CAHALI, 2012, p. 18-19.

³⁹ AGUIAR DIAS, 2006, p. 775.

⁴⁰ Danielle Annoni destaca que os particulares poderiam ser indenizados nos casos em que o soberano entendesse cabível o ressarcimento, ressaltando que tal possibilidade é corolário da primazia da soberania do Estado, característica dos Estados despóticos. ANNONI, Danielle. *A responsabilidade do estado pela demora na prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 27.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.020.

⁴² DIAS, *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, 2004, p. 23.

⁴³ No original: « Article 75. Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat : en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires ». FRANÇA. *Constituição do Ano VIII. Constitution du 22 Frimaire An VIII*. De 13 de dezembro de 1799. Disponível em < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la->

francês para a propositura do pedido indenizatório, a qual dificilmente era concedida⁴⁴.

Conclui Cahali que, nesta fase histórica, não se falava na responsabilidade do Estado. Com efeito, a irresponsabilidade mostrava-se como um axioma cuja legitimidade não é posta em xeque, sendo que a existência de uma responsabilidade pecuniária a cargo do patrimônio público era considerada um perigoso entrave à liberdade dos serviços. Os administrados, portanto, não tinham à sua disposição senão justamente a ação ressarcitória contra o agente causador do dano⁴⁵.

A superação da teoria da irresponsabilidade, para tanto, apenas ocorreria a partir da segunda metade do século XIX e início do século XX, tendo Pedro Lessa escrito à época que “a doutrina da irresponsabilidade do Poder Público é hoje repudiada pelos juristas, e vai sendo pouco a pouco desprezada pelos legisladores”⁴⁶.

Em verdade, essa teoria tornou-se insustentável diante do avanço do liberalismo oitocentista e, sobretudo, do Estado social do século XX, passando a representar “clamorosa injustiça” a sua manutenção, “resolvendo-se na própria negação do direito”⁴⁷.

Foi a Inglaterra e os Estados Unidos os últimos países a abandonarem a teoria da irresponsabilidade, deixando de adotá-la em 1947 e 1946, respectivamente⁴⁸. Em relação ao Brasil, aponta-se que a tese da irresponsabilidade jamais logrou êxito na jurisprudência nacional, demonstrando que a tradição jurídica brasileira sempre objetou os privilégios regalistas⁴⁹.

Com efeito, superada a irresponsabilidade, reconhece-se que, justamente por ser o responsável pela tutela do Direito, sentido não há para que o Estado viole o ordenamento impunemente. Dessa forma, enquanto pessoa jurídica de direito público capaz de exercer direitos e cumprir obrigações, o reconhecimento da sua responsabilidade civil em face de particulares, quando cumpridos os requisitos, perfaz medida de justiça e, repita-se, amolda-se aos princípios do Estado de Direito.

constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>. Article 75.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.020.

⁴⁵ CAHALI, 2012, p. 19.

⁴⁶ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 162.

⁴⁷ CAHALI, 2012, p. 19.

⁴⁸ MEIRELLES, 2014, p. 763.

⁴⁹ AGUIAR DIAS, 2006, p. 773.

1.3.2 As teorias civilistas: o protagonismo do elemento “culpa”

O enfraquecimento da teoria da irresponsabilidade do Estado deu margem à admissão, ainda que restrita, da sua responsabilidade. Conceitos e princípios de Direito Civil foram essenciais para esse rompimento, tendo se desenvolvido o protagonismo do elemento “culpa” na aferição da responsabilidade estatal, aqui se entendendo “culpa” em seu sentido amplo (dolo e culpa *stricto sensu*)⁵⁰.

A influência dos preceitos civilistas aproxima-se da ascensão, na Europa, dos ideais liberais de enaltecimento do indivíduo, sobretudo a partir da segunda metade do século XIX, sendo que a doutrina identifica dois momentos de base civil na evolução da responsabilidade civil do Estado.

1.3.2.1 A teoria dos atos de império e de gestão: o sistema misto de responsabilidade

A partir da Revolução Francesa, prevaleceu um sistema misto de responsabilidade, pelo qual o ente estatal, a depender da natureza de seus atos, se de gestão ou de império, poderia ser considerado pessoa civil (particular) ou política (soberano)⁵¹.

Os atos de gestão (*jure gestiones*) compreendem as funções que, conquanto realizadas pelo Estado, não são essenciais à sua existência, sendo rotuladas como facultativas ou contingentes. Já os atos de império (*jure imperii*), ao contrário, são considerados essenciais para a garantia da existência do ente estatal, reputando-se funções indispensáveis ou necessárias à sua manutenção⁵².

O Estado apenas poderia ser responsabilizado por danos decorrentes de atos de gestão, da mesma forma que qualquer particular, sendo, ainda, fundamental o reconhecimento de culpa evidente do funcionário na sua realização. Dos atos de império, não poderiam decorrer danos – ao menos, não danos indenizáveis –, prevalecendo a

⁵⁰ O dolo manifesta-se quando há a intenção deliberada de ofender o direito ou de ocasionar prejuízo a terceiro, possuindo o causador do dano pleno conhecimento do mal e o propósito claro de praticá-lo. Se inexistente o intento deliberado e proposital, mas ainda assim o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (*stricto sensu*). STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8.ª Ed., rev., atual. e ampl. com Comentários ao Código Civil. São Paulo: RT, 2011, p. 157.

⁵¹ DIAS, *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, 2004, p. 25.

⁵² CAHALI, 2012, p. 20.

tese de imunidade total do ente, nos termos da teoria da irresponsabilidade. Ou seja: o Estado-soberano colocava-se fora do direito civil (e da teoria da responsabilidade civil), de modo que somente o Estado-empresa a ele estaria sujeito⁵³.

A categorização dos atos do Estado, todavia, foi objeto de críticas pela doutrina. Primeiro, porque há dificuldades em se identificar o que é ato de gestão (indutor de responsabilidade) e ato de império (livre de responsabilidade). Segundo, pois pouco importa ao particular que sofreu o dano se o ato é de gestão ou de império; todos os atos praticados são, em última instância, atos estatais, representando tal tese verdadeiro artifício jurídico engendrado para absolver o Estado do pagamento de indenizações⁵⁴.

A respeito, se o Estado é guardião do Direito, como deixar desamparado o cidadão que sofreu prejuízo por ato do próprio Estado? Por que motivo o ente estatal, justificando que o desequilíbrio verificado no patrimônio do particular foi produzido por ação administrativa insuscetível de crítica, forjaria distinção entre a natureza de seus atos para isentar-se de responsabilidade?⁵⁵.

Apesar das dificuldades apresentadas, e de considerar apenas em situações restritas a responsabilidade a partir culpa (atos de gestão), a teoria dos atos de gestão e império possui o mérito de representar “ponte passadiça” entre a irresponsabilidade e a ideia de que o Estado não seria ou não pudesse ser irresponsável, garantindo os primeiros avanços do instituto⁵⁶.

No segundo momento das teorias civilistas, observou-se o aprofundamento do elemento culpa, havendo o abandono da distinção entre a natureza dos atos estatais.

1.3.2.2 A teoria da culpa civil: necessidade de comprovação de dolo ou culpa da pessoa física a serviço do Estado

O Código Civil francês de 1804 é considerado o marco inicial da segunda etapa civilista da responsabilidade estatal, chamada teoria da

⁵³ PEREIRA, 1989, p. 137.

⁵⁴ DIAS, *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, 2004, p. 26.

⁵⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 70.

⁵⁶ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 143.

culpa civil⁵⁷. Para a doutrina, essa teoria, embasada no art. 1.382 e seguintes do Código de 1804, representa a efetiva colocação dos preceitos de direito civil no regramento da responsabilidade estatal⁵⁸, sendo o requisito “culpa”⁵⁹ essencial para a sua aplicação.

Com efeito, em sendo verificado dano a partir de ato ilícito praticado pelo Estado⁶⁰, o particular pode buscar a reparação, devendo comprovar a culpa da pessoa física que, atuando em nome do ente, ocasionou o prejuízo. A culpa projeta-se indiretamente na escolha da pessoa do funcionário administrativo e na vigilância que o Estado deveria exercer em relação ao exercício da atividade do funcionário nomeado, chamadas, respectivamente, culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*⁶¹.

Sobre tais conceitos, tem-se que a culpa *in eligendo* é caracterizada pela má escolha do preposto. Nesse caso, a culpa do patrão ou comitente era presumida pelo ato culposo do empregado, em razão da má escolha do mesmo. Já a culpa *in vigilando* decorria da falta de atenção ou cuidado com o procedimento de terceiro, o qual se encontrava sob a guarda ou responsabilidade do agente⁶².

Dessa maneira, o Estado seria responsabilizado pelos danos decorrentes de ato de funcionário ou agente, pois responsável pela escolha e monitoramento das atividades deste, mas desde que comprovada a culpa ou dolo.

Ocorre que a comprovação do elemento subjetivo nem sempre se mostra tarefa fácil, o que contribuiu para o enfraquecimento da teoria da culpa civil. Nesse sentido: nem sempre se conseguia identificar o causador do dano, ou, se identificado, nem sempre era um mau funcionário, o que impossibilitava ou dificultava a responsabilização, e consequentemente a reparação ou fixação de indenização ao lesado⁶³.

As dificuldades e insuficiências das teorias civilistas, centradas na culpa do funcionário público, deram vazão à emancipação de teorias que desconsideraram a sua preponderância, passando a ignorar o elemento

⁵⁷ Ou, ainda, teoria subjetiva ou teoria da responsabilidade fundada na culpa. DIAS, *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, 2004, p. 27.

⁵⁸ DIAS, *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, 2004, p. 27.

⁵⁹ Culpa *lato sensu*.

⁶⁰ Sem se fazer a distinção entre atos de gestão e império.

⁶¹ DIAS, *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, 2004, p. 27.

⁶² CAVALIERI FILHO, 2014, p. 55.

⁶³ ANNONI, 2003, p. 30.

subjetivo em favor da valorização do elemento objetivo. Surgem, então, as teorias publicistas.

1.3.3 As teorias publicistas: o protagonismo do elemento “risco”

A terceira fase da evolução da responsabilidade civil do Estado, calcada no direito público, passou a ser definida com o desenvolvimento da jurisprudência francesa, sobretudo a partir do julgamento do aresto Blanco, em 1873⁶⁴.

Nesse caso, que trata do atropelamento, por um trem estatal, da menina Agnès Blanco, resultando na amputação de suas pernas, a justiça francesa entendeu insuficiente a aplicação dos princípios de direito civil, devendo a responsabilidade “ser regida por regras e princípios especiais, variáveis segundo as peculiaridades do serviço público e a necessidade de se conciliar os direitos do Estado com os direitos privados”⁶⁵. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a decisão do caso Blanco representou inovação naquele momento histórico, pois resolveu a questão com base em princípios autônomos, excluindo preceitos adotados pelo Código Civil para as relações entre particulares⁶⁶.

O surgimento das teorias publicistas, as quais consideram as peculiaridades do ente estatal, diferenciando-o dos sujeitos privados, permitiu a evolução de uma responsabilidade ancorada na culpa para a responsabilidade objetiva, baseada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso⁶⁷. Para essa responsabilidade, não importa sequer se o ato cometido foi lícito ou ilícito, bastando a verificação entre o ato comissivo ou omissivo e o dano.

Dentro das teorias publicistas, a doutrina identifica três etapas ou subteorias que se diferenciam justamente pelo grau de consideração do elemento objetivo. Para tanto, nota-se que os elementos de direito civil, ao menos em um primeiro momento, permearam fortemente a nova corrente.

1.3.3.1 A teoria da culpa administrativa: a despersonalização da culpa e a *faute du service*

⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, 1984, p. 257.

⁶⁵ DIAS, *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, 2004, p. 29.

⁶⁶ DI PIETRO, 2015, p. 11.

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.020-1.021.

A teoria da culpa do serviço, culpa administrativa ou *faute du service* pressupõe a realização de ato ilícito pelo funcionário, não sendo necessário aferir a sua identidade. Verifica-se a “despersonalização da culpa, transformando-a, pelo anonimato do agente, em falha da máquina administrativa”⁶⁸.

Ao contrário das teorias anteriores, a pessoa física a serviço do Estado é absorvida por este, sendo suficiente para caracterizar a responsabilidade uma falha do serviço, consubstanciada em um mau funcionamento geral e anônimo, à qual o dano possa ser imputado⁶⁹. Basta que tenha ocorrido falta ou defeito no serviço público, abarcando-se as chamadas “faltas anônimas”⁷⁰, ignoradas pelas teorias civilistas.

Paul Duez aponta três categorias de falhas administrativas que ensejam a responsabilidade estatal: o *mau* funcionamento do serviço, o *não* funcionamento do serviço e o funcionamento *tardio* do serviço⁷¹. Verificada qualquer delas, deve o Estado, com o seu patrimônio, diretamente reparar o prejuízo experimentado pelo particular, não sendo requisito, repita-se, a comprovação da culpa do agente⁷².

O ônus da prova da culpa recai sobre o particular, cumprindo-lhe comprovar o funcionamento deficiente no caso de culpa anônima do serviço⁷³. Ou seja, cabe à vítima demonstrar que o serviço não foi prestado, ou que, se houver sido, tenha sido mal prestado ou prestado tardiamente.

Dessa feita, ainda que não caiba ao particular a prova da culpa do agente público, surge a obrigação de provar uma modalidade diferente de culpa, ocorrendo “uma transposição e adaptação, no âmbito do direito público, de uma concepção privatística por excelência”⁷⁴. Trata-se de uma “culpa especial da Administração”, chamada culpa administrativa⁷⁵, que se caracteriza quando ocorrer uma das situações elencadas por Duez⁷⁶, e que não se confunde com a culpa individual do agente público.

⁶⁸ CAHALI, 2012, p. 32.

⁶⁹ CAHALI, 2012, p. 32.

⁷⁰ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 40.

⁷¹ DUEZ, Paul. *La Responsabilité de la puissance publique*. Paris: Dalloz, 1927, p. 15.

⁷² BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.021.

⁷³ DERGINT, 1994, p. 40.

⁷⁴ CAHALI, 2012, p. 33

⁷⁵ MEIRELLES, 2014, p. 764.

⁷⁶ DUEZ, 1927, p. 15.

Ainda que difira da culpa do agente, a *faute du service* não pode ser considerada modalidade de responsabilidade objetiva. Este é um equívoco presente na doutrina, e que não se justifica, pois a responsabilidade objetiva pressupõe apenas a verificação de causa e efeito entre ato e dano, enquanto a culpa administrativa exige a demonstração de culpa ou dolo, conforme a responsabilidade subjetiva⁷⁷. Por serem diferentes em sua essência, torna-se inconciliável a correspondência entre a teoria da *faute du service* e a responsabilidade objetiva, embora aquela se situe no grupo das teorias publicistas, e não no das civilistas.

Será apenas com o asseveramento do elemento “risco” (teoria do risco) que a responsabilidade civil do Estado revelar-se-á eminentemente objetiva, desapegando-se dos princípios e conceitos civilistas.

1.3.3.2 A teoria do risco administrativo: a suficiência do elemento objetivo e da demonstração do nexa de causalidade

A teoria do risco administrativo rompe com as teorias civilistas e com a *faute du service* na medida em que ignora a presença do elemento “culpa”, seja do funcionário público ou a chamada culpa administrativa.

De acordo com essa teoria, a responsabilidade é considerada de forma objetiva, pouco importando a qualidade do serviço prestado pelo Estado – se houve falta ou não –, bastando a verificação da causalidade entre a atividade pública e o prejuízo injusto experimentado pelo particular. Diferencia-se da culpa administrativa pelo fato de que, enquanto esta exige a *falta* do serviço, presumindo-se a culpa, o risco

⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.022.

⁷⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello atribui à má tradução para o português da palavra francesa *faute* para justificar a persistência da errônea concepção de que a culpa administrativa é modalidade de responsabilidade objetiva. Para o autor, a tradução como “falta” dá um tom objetivo a essa responsabilidade, de modo que seria mais adequada a correspondência com o termo “culpa” – essa, sim, elemento eminentemente subjetivo. Um segundo motivo apontado pelo autor consubstancia-se na ideia de que, na culpa administrativa, tem-se a “presunção de culpa”, ante as dificuldades de se provar a negligência, imprudência e imperícia do serviço. A presunção, contudo, não afasta o caráter subjetivo da responsabilidade, pois sempre é possível ao Estado desconstruir a presunção *juris tantum*. BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.022-1.023.

administrativo centra-se no *fato* do serviço, bastando ter havido lesão sem participação da vítima⁷⁹.

Segundo a teoria do risco administrativo, basta reconhecer ligação entre o dano e a atividade pública, mesmo quando esta tenha sido desempenhada de forma lícita⁸⁰. O modo de funcionamento do serviço, então, é indiferente para se reconhecer o dever de indenizar, sendo a percepção do nexo de causalidade suficiente para o reconhecimento da responsabilidade civil estatal.

Louis Josserand justifica o risco administrativo aduzindo que o responsável (Estado) por criar um simples risco assume as consequências advindas da sua confirmação, quando estas causarem prejuízos a terceiros. O autor dá o seguinte exemplo para ilustrar a aplicação da teoria:

Não é cometer uma falta fazer uma companhia ferroviária transitar seus trens nos trilhos. Ela obteve para este fim uma concessão dos poderes públicos e realiza um serviço público. Não obstante, se as trepidações dos trens comprometem a solidez das casas marginais, se o fumo das locomotivas enegrece uma lavanderia estabelecida precedentemente perto da via férrea, se as fagulhas das locomotivas ateiam fogo às florestas e às plantações, não será de toda justiça conceder uma reparação às vítimas desses prejuízos?⁸¹.

Ou seja, mesmo sem cometer qualquer ato ilícito, o autor entende cabível a indenização pelo simples funcionamento, irregular ou não, do serviço público por ele prestado. Não é objeto de averiguação se a maneira de prestação do serviço foi adequada ou não, sendo suficiente para o reconhecimento da obrigação reparatória a prova de que o simples deslocamento do trem nos trilhos, ainda que indene de qualquer irregularidade, acarretou os prejuízos às áreas marginais à estrada. A questão cinge-se na causalidade, em reconhecer puramente a relação de causa e efeito (nexo de causalidade) entre a atividade pública e o dano do particular.

⁷⁹ MEIRELLES, 2014, p. 764.

⁸⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 107-109.

⁸¹ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: vol. 86, jan./abr. 1941, p. 556-557.

Caso se estivesse tratando da responsabilidade pela *faute du service*, caberia aos terceiros que experimentaram os danos a prova de que havia algum problema com o veículo – irregularidade de ordem mecânica, por exemplo – para embasar o seu pedido ressarcitório. A simples constatação dos prejuízos não seria suficiente muito menos sob a égide das teorias civilistas, nas quais a identidade dos agentes públicos envolvidos no transporte férreo deveria ser considerada, tornando ainda mais problemática a responsabilização estatal. O desenvolvimento da teoria do risco administrativo representa, por isso, importante avanço na defesa e proteção dos direitos de particulares perante o poder público.

Com efeito, ela se justifica pela própria natureza do Estado, cujas atividades são capazes de acarretar prejuízos bem mais intensos que os observados nas relações privadas. Trata-se de pessoa jurídica de direito público que exerce influência na vida e patrimônio de todos os administrados, que detém estrutura econômica fortalecida e posição jurídica singular, sobretudo em comparação a pessoas físicas, sendo necessária a garantia de um regime próprio (“fisionomia própria”) de responsabilidade⁸².

A teoria do risco administrativo também se fundamenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Entende-se que a atividade estatal envolve risco aos administrados, podendo prejudicar um número determinados deles, o que, se confirmado, deve ser objeto de reparação⁸³.

Assim como os benefícios decorrentes da atividade estatal, devem os prejuízos, então, ser repartidos entre as pessoas que integram determinado Estado, de tal maneira que, quando um particular experimentar desequilíbrio em razão da atividade estatal, todos devem contribuir para a sua reparação por meio de recursos do erário, providos por todos⁸⁴.

Em verdade, funciona como um verdadeiro contrato de seguro, no qual a coletividade, por meio do pagamento de tributos, contribui para a formação de um fundo. Esse fundo será utilizado para que, uma vez lesados (e se lesados), os administrados vejam seus danos reparados com valores advindos dessas contribuições⁸⁵.

⁸² BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.015.

⁸³ MEIRELLES, 2014, p. 764.

⁸⁴ DI PIETRO, 2015, p. 789.

⁸⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Vol. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 69-70.

Conforme se infere do art. 37, § 6.º, da Constituição Federal, a teoria do risco administrativo foi acolhida pelo direito brasileiro⁸⁶, sendo objetiva a responsabilidade do Estado⁸⁷. Nada impede, contudo, a realização da prova de qualquer excludente ou atenuante da sua responsabilidade pelo ente estatal, resguardando-lhe o direito de elidir o nexo de causalidade e de se eximir do pagamento de indenização nesses casos.

A análise do atual panorama constitucional e legislativo acerca do tema será aprofundada ao longo do presente trabalho.

1.3.3.3 A teoria do risco integral: sinônima de risco administrativo ou teoria autônoma?

A doutrina civilista brasileira não considera a teoria do risco integral sinônima da teoria do risco administrativo.

Para Sergio Cavalieri Filho, aquela corresponderia a “modalidade extremada” desta, e poderia ser reconhecida “até nos casos de inexistência do nexo causal ou em que este se mostra extremamente diluído”. Nessas situações, o Estado poderia ser responsabilizado por determinado dano quando meramente criasse um risco, ou seja, quando contribuísse para a formação de uma ocasião que resultasse em dano, bastando que a sua atividade tenha sido “causa mediata ou indireta do evento”.

Com isso, todo dano seria passível de ser indenizado pelo Estado, o que certamente criaria situações injustas e abusivas. Ele poderia responder “ainda que este (*o evento danoso*) tenha tido por causa direta e imediata fato irresistível ou inevitável, como a força maior e o caso fortuito”, sem esquecer o fato da vítima e de terceiro, os quais também não poderiam ser invocados pelo poder público⁸⁸.

⁸⁶ Foi expressamente acolhida, pela primeira vez, na Constituição de 1946, conforme se verá no item 1.4 do presente trabalho.

⁸⁷ Subsistindo o direito de regresso frente ao agente público quando demonstrado que este agiu com dolo ou culpa.

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 184 e 288. Ilustrando a questão, Cavalieri Filho dá dois exemplos para facilitar a sua compreensão: “Um navio transportando petróleo, por exemplo, sofre avarias em decorrência de forte tempestade e faz derramamento de óleo no mar; terremoto, seguido de ondas gigantes (tsunami), que invadem usina nuclear e causam dano nuclear e ambiental. Embora a causa direta desses eventos tenha sido a força maior (fenômenos irresistíveis da natureza), o navio transportando petróleo foi a ocasião porque sem ele a tempestade não teria causado nenhum dano. De igual

Por outro lado, o próprio Cavaliere Filho adverte que alguns autores, ao se referirem à teoria do risco integral, equiparam-na à teoria do risco administrativo⁸⁹. Essa confusão entre os conceitos, observada principalmente na doutrina administrativista, faz com que ambas as teorias sejam tratadas como modalidades de responsabilidade objetiva que admitem a incidência de causas excludentes ou diminuidoras de responsabilidade⁹⁰. Dessa forma, as duas possibilitariam a exclusão ou atenuação da responsabilidade, desde que demonstrada a atuação de fatores causais estranhos ao Estado⁹¹.

Especialmente em relação ao Estado, e de acordo com a doutrina administrativista, é possível perceber que as diferenças entre as teorias são preponderantemente terminológicas, e não conceituais. Há consenso no sentido de que a teoria do risco (administrativo ou integral) trata de responsabilidade objetiva, cujo dano teve origem no funcionamento do serviço público, e que admite a discussão acerca das excludentes de responsabilidade⁹².

Por fim, tratando-se de responsabilidade civil do Estado, pode-se dizer que “o direito positivo brasileiro consagra a teoria do risco integral ou risco administrativo (Supremo Tribunal Federal, in RTJ, 55/50; TFR in Revista Forense, vol. 268/2)”⁹³, tratando-as como sinônimas e ignorando a distinção existente entre elas, de origem civilista. Yussef Said Cahali, confirmando a equiparação, ressalta que apenas “alguma jurisprudência” insiste em diferenciar as teorias atualmente, sendo majoritário o entendimento pela sua identidade conceitual⁹⁴.

modo, se não existisse a usina nuclear, o terremoto e o tsunami não teriam causado um acidente nuclear. Nesses e outros casos, a força maior, isoladamente considerada, não seria suficiente para causar o resultado lesivo, o que evidencia que o exercício da atividade de risco foi pelo menos a ocasião”. CAVALIERI FILHO, 2014, p. 184.

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 288.

⁹⁰ DI PIETRO, 2015, p. 790.

⁹¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Ajuris*. Porto Alegre: ago. 2001, Ed. Temática, p. 182.

⁹² DI PIETRO, 2015, p. 790.

⁹³ PEREIRA, 1989, p. 85.

⁹⁴ CAHALI, 2012, p. 38.

1.4 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO: DO IMPÉRIO ATÉ 1988

Ao longo da história constitucional brasileira, não vicejou a teoria da irresponsabilidade do Estado⁹⁵, a qual já se encontrava enfraquecida na doutrina jurídica quando da afirmação do Brasil como nação soberana, em 1822⁹⁶. Embora nas duas primeiras Constituições seja possível verificar sinais da aplicação da teoria da irresponsabilidade do ente, os tribunais e os doutrinadores nacionais sempre repudiaram a ideia de se considerar o Estado imune a responsabilidades, ainda que faltassem previsões específicas e expressas nesse sentido⁹⁷.

Com efeito, o primeiro Diploma constitucional do país, a Constituição Imperial de 1824, não estatuiu de forma expressa a responsabilidade estatal, e reconhecia que o empregado público deveria ser pessoalmente responsabilizado. Para tanto, “Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma”; e:

Art. 179, XXIX. Os Empregados Públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos.

Ou seja, o Estado, conquanto não tenha chamado para si o dever de reparar os danos, reconheceu que seus agentes, no exercício de suas funções públicas, poderiam causá-los, sendo pessoalmente responsáveis por ressarcir-los diretamente aos prejudicados⁹⁸. Perceba-se que, embora haja a previsão do ressarcimento, não há a responsabilidade estatal, privilegiando-se a teoria subjetivista ao reconhecer que, provada a culpa do agente pela vítima, surgiria o dever de indenizar.

⁹⁵ SAUWEN FILHO, João Francisco. *Da Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2001, p. 73.

⁹⁶ Se, entretanto, considerar-se o período colonial e monárquico do país, anterior a 1822, então é possível reconhecer a irresponsabilidade estatal irrestrita, quando, com base nas Ordenações do Reino, seguia-se a lei portuguesa. SAUWEN FILHO, 2001, p. 73.

⁹⁷ BÜHRING, Marcia Andrea. *Responsabilidade civil extracontratual do estado*. São Paulo: Thomson IOB, 2004, p. 187.

⁹⁸ BÜHRING, 2004, p. 188.

Igual orientação seguiu-se na Constituição posterior, promulgada nos primeiros anos do período republicano, em 1891.

O ocaso do Império e o início da República não implicaram imediata mudança de paradigma na redação constitucional, mantendo-se a responsabilização apenas dos funcionários públicos, por suas ações e omissões. A única alteração foi a inclusão expressa dos casos de indulgência e negligência quando os agentes não responsabilizassem seus subalternos:

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

Parágrafo único. O funcionário público obrigarse-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres legais.

Se não houve transformações significativas na letra da lei constitucional, o mesmo não se pode dizer quanto à sua interpretação, tendo havido a asseveração do reconhecimento da responsabilidade do Estado após 1891.

Os comentadores do Diploma de 1891 eram unânimes ao reconhecer a solidariedade entre o agente público e o ente estatal⁹⁹, havendo até mesmo considerações pela subsidiariedade dessa relação¹⁰⁰. O próprio STF admitia amplamente, na vigência desta Carta, a responsabilização direta do Estado, conforme parecer de Rui Barbosa datado de 1900¹⁰¹.

Na vigência da primeira Constituição republicana, também emergiram normas infraconstitucionais reconhecendo expressamente a responsabilidade direta do Estado, com decretos regulando situações específicas (serviços de correio e de higiene, por exemplo), além do próprio Código Civil de 1916¹⁰². Tais normas serviram para aclarar o preceito constitucional, tendo sido fundamentais para que fossem

⁹⁹ MOURÃO, Jacira Nunes. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Civil*, n.º 3, ano 2, jan./mar. 1978, p. 70.

¹⁰⁰ CAVALCANTI, 1956, p. 653-654.

¹⁰¹ SÉ, João Sento. *Responsabilidade civil do estado por atos judiciais*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976, p. 32-33.

¹⁰² BÜHRING, 2004, p. 190.

estatuídos novos rumos na compreensão da matéria, os quais conduziram à sua inovação no Diploma constitucional seguinte.

Com efeito, a Constituição de 1934 foi a primeira a prever, de modo expresse, a responsabilidade direta do Estado, estipulando a solidariedade entre este e o funcionário público causador do dano:

Art. 171. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

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

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

Nada obstante, em seu parágrafo primeiro, este dispositivo impõe a formação de um litisconsórcio passivo necessário, ressaltando a regra geral da solidariedade, pela qual caberia à vítima escolher contra quem ajuizar a ação¹⁰³. O agente, portanto, sempre deveria ser citado, a fim de propiciar ao ente público, caso acionado isoladamente na execução, maior facilidade e celeridade para haver, na mesma ação, de forma regressiva, a metade que lhe cabe na condenação¹⁰⁴.

Conquanto tenha inovado ao reconhecer expressamente a solidariedade, esta Constituição manteve, a exemplo das suas antecessoras, a responsabilização pessoal do agente, consolidando a teoria da responsabilidade com base na teoria da culpa administrativa, de base eminentemente subjetivista¹⁰⁵.

Tal lógica conservou-se quando do advento da Constituição de 1937. Muito embora o sistema governamental tenha sido objeto de sensível ruptura, com o início de um regime totalitário, o sistema da responsabilidade estatal solidária, baseado na culpa, foi mantido intacto:

¹⁰³ RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais*. São Paulo: LTr, 2003, p. 33.

¹⁰⁴ COELHO, Márcio Xavier. *Fundamentos da responsabilidade civil estatal*. Brasília: OAB, 2005, p. 28.

¹⁰⁵ SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Responsabilidade do Estado: erro judicial praticado em ação cível*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 80.

Art. 158. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

Percebe-se que foi mantido, *ipsis litteris*, o *caput* do art. 171 da CF revogada, apenas se suprimindo os seus parágrafos. Por trazerem disposições de cunho processual (litisconsórcio necessário e promoção da execução pelo ente público em face do agente), entendeu-se que a previsão da matéria dos parágrafos do art. 171 da CF de 1934 deveria ser relegada à legislação infraconstitucional¹⁰⁶.

Verdadeira alteração de paradigma ocorreu com a Constituição de 1946, a qual, em seu art. 194, eliminou a ideia de culpa do conceito de responsabilidade estatal, limitando a exigência de sua verificação para fundamentar a ação regressiva do Estado perante seu agente (parágrafo único)¹⁰⁷:

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.

José de Aguiar Dias, defendendo que esta CF adotou a teoria do risco administrativo, sendo a primeira Constituição a assumir doutrina a responsabilidade objetiva, entende que a alusão ao regresso mostra que a responsabilidade estatal direta independe de ato culposo do agente, cuja

¹⁰⁶ COELHO, 2005, p. 29.

¹⁰⁷ Os motivos que levaram à mudança na previsão constitucional, em 1946, confundem-se com a própria evolução da responsabilidade objetiva e de sua emancipação enquanto corolário próprio do Estado de Direito. Na primeira metade do século XX, com a efervescência do Estado Social, ganhou força a superação da responsabilidade subjetiva, uma vez que a comprovação da culpa, muitas vezes, era impossível, o que prejudicava injustamente os administrados vítimas de danos causados pelo Estado, que não tinham seus danos reparados. Em razão disso, e a despeito do Código Civil de 1916 e das Constituições de 1934 e 1937, houve o reflexo dessa tendência na cultura jurídica nacional, culminando no art. 194 da CF de 1946.

verificação ficaria restrita aos casos de ação regressiva, quando houver culpa¹⁰⁸.

Para o reconhecimento da responsabilidade estatal, bastaria a conjugação dos requisitos dano enexo causal¹⁰⁹. Nesse mesmo sentido, Cavalieri Filho, interpretando de forma bastante objetiva o dispositivo constitucional, conclui que, se apenas para a ação regressiva é exigida a comprovação da culpa, então, por lógica, a ação da vítima perante o Estado prescinde de qualquer pressuposto subjetivo¹¹⁰, não sobejando dúvidas quanto à inauguração da responsabilidade estatal objetiva como sistema-padrão no Direito brasileiro.

A Constituição de 1946, no entanto, não contemplou como Estado pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que, por concessão ou delegação, exercessem serviços públicos ou de interesse coletivo, tendo expressamente afirmado apenas a responsabilidade de “pessoas jurídicas de direito público interno”. Às concessionárias, caberia a aplicação da regra geral para as relações privadas, presente no Código Civil, por meio da qual se deveria aferir a responsabilidade subjetiva do responsável.

A vigência da teoria objetiva sobreviveu ao regime militar, manifestando-se no art. 105 da Constituição de 1967 e no art. 107 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969:

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

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

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

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

Para tanto, a única diferença dessas Constituições para o Diploma de 1946 reside na admissão expressa da ação regressiva também nos

¹⁰⁸ AGUIAR DIAS, 2006, p. 819-820.

¹⁰⁹ SAUWEN FILHO, 2001, p. 84.

¹¹⁰ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 290.

casos de dolo do agente público, e não apenas de culpa. Pontes de Miranda sintetiza bem as diretrizes apostas nessas três Constituições¹¹¹:

Os interesses do Estado passaram a segundo plano: não há litisconsórcio necessário, nem solidariedade, nem extensão subjetiva da eficácia executiva da sentença contra a Fazenda nacional, estadual ou municipal, ou contra pessoa jurídica de direito público interno ou estrangeiro. Há, apenas, direito de regresso¹¹².

Finalmente, tem-se que o princípio geral da responsabilidade objetiva do Estado pelo risco administrativo, introduzido pela CF de 1946, manteve-se na Constituição de 1988, ora vigente. Vejamos:

Art. 37. § 6.º. 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.

Os principais aspectos que emergem desse dispositivo compreendem: a incidência do regime de responsabilidade objetiva do Estado sobre atos de agentes das administrações direta e indireta, bem como de toda e qualquer empresa privada que preste serviço público; o dano deve ter sido provocado por agente público, abrangendo-se, na expressão “agente” – em substituição a “funcionário” –, todas as categorias de realizadores de serviços públicos (inclusive agentes políticos e do setor privado); e, o dano deve ter decorrido de ato praticado no exercício da função pública, obrigatoriamente¹¹³.

Em razão de sua importância, o atual panorama constitucional da responsabilidade estatal será mais bem analisado em subitem próprio, entendendo-se necessário, antes, analisar sinteticamente o tratamento dado ao tema nos Códigos Civis de 1916 e de 2002.

¹¹¹ Não é errado considerar a EC n.º 1, de 1969 a sétima Constituição brasileira (COELHO, 2005, p. 31; NASCIMENTO, 1995, p. 15), chegando-se à soma final de oito Constituições desde a independência do país.

¹¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol. 5. 2.ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 520-524.

¹¹³ SIQUEIRA, 2001, p. 82-83.

1.4.1 A responsabilidade civil do Estado nos Códigos Civis de 1916 e de 2002

Paralelamente à evolução da responsabilidade civil estatal no campo constitucional, houve a sua tratativa em leis ordinárias, precisamente nos Códigos Civis de 1916 e de 2002.

O Código de 1916, embora tenha vindo a lume sob a égide da Constituição de 1891 – a qual, como visto, previa apenas a responsabilidade subjetiva do agente público –, inovou ao responsabilizar diretamente o Estado, tendo sido o primeiro texto legislativo nacional a instituir a sua responsabilidade extracontratual¹¹⁴.

Nada obstante, não há que se questionar a constitucionalidade da inovação trazida pelo dispositivo à época da promulgação do Código. E isso porque a Constituição então vigente, conquanto não previsse a responsabilidade direta do ente público, também não a vedava, razão pela qual essa norma foi recepcionada nas duas Constituições posteriores¹¹⁵. Além disso, o artigo foi redigido em conformidade com a jurisprudência da época, que já convergia para o reconhecimento da responsabilidade do Estado¹¹⁶.

A redação do dispositivo trazido no Código de 1916 suscitou controvérsia acerca da modalidade de responsabilidade estatal defendida, se subjetiva ou objetiva:

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

Entende-se que a expressão “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei” é ambígua, não deixando claro se o ato do agente deve ou não ser culposo ou doloso para atrair a

¹¹⁴ ANNONI, 2003, p. 37. Vale lembrar que a primeira Constituição a efetivamente tratar da responsabilidade estatal seria promulgada apenas dezoito anos depois, em 1934, e assinalaria a solidariedade perante o agente público.

¹¹⁵ SIQUEIRA, 2001, p. 84.

¹¹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Vol. 1. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940, p. 211.

responsabilidade, o que poderia dar azo à aplicação, já em 1916, da teoria do risco¹¹⁷.

O entendimento pela responsabilidade objetiva, porém, é minoritário, soando mais escorreita a interpretação pela qual a teoria da culpa é o fundamento da responsabilidade civil do Estado no Código de 1916¹¹⁸.

Os argumentos doutrinários que embasam essa interpretação consubstanciam-se no fato de que, por sugerir que o agente público representava o Estado, o Diploma de 1916 teria seguido a teoria germânica da responsabilidade estatal, a qual exigia a demonstração da culpa do indivíduo¹¹⁹. Além disso, a presença da sentença “procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei” não teria sentido se não se referisse à culpa do funcionário¹²⁰. Nessa lógica, caso o legislador houvesse adotado a teoria do risco – o que não fez –, o art. 15 deveria ter sido escrito de maneira “quebrada”, como viria a ser feito, por exemplo, na Constituição de 1946¹²¹.

A polêmica a respeito do art. 15 do Código Civil de 1916 tornou-se estéril com a promulgação da Constituição de 1946, que elevou à categoria de preceito constitucional a teoria do risco, a qual se mantém vigente até hoje. Desse modo, de acordo com o entendimento majoritário (teoria da culpa), o dispositivo não teria sido recepcionado pela Constituição de 1946 e seguintes; já pelo minoritário (teoria do risco), seria possível reconhecer a compatibilidade do artigo¹²².

Com a promulgação do Código Civil de 2002, quaisquer polêmicas entre a compatibilidade da matéria nos âmbitos constitucional e infraconstitucional foi afastada. O Código vigente adota redação similar à Constituição de 1988, exceto pela referência expressa às pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos

¹¹⁷ SIQUEIRA, 2001, p. 84.

¹¹⁸ MEIRELLES, 2014, p. 766.

¹¹⁹ FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2.^a ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 335-336.

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 289.

¹²¹ Para João Francisco Sauwen Filho, o *caput* deveria encerrar-se na expressão “danos a terceiros” e um parágrafo poderia ser aberto a partir de “procedendo de modo contrário...”. SAUWEN FILHO, 2001, p. 81-82. De fato, essa redação ensinaria a interpretação pela teoria objetiva.

¹²² SIQUEIRA, 2001, p 84-85.

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.

Diante disso, pode-se dizer que, atualmente, não há dúvidas sobre a opção legislativa pela responsabilidade objetiva e a coerência de todo o ordenamento em face dessa orientação. A Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 assentaram a responsabilidade sem culpa, baseada no risco administrativo, harmonizando “os postulados da responsabilidade civil da Administração com as exigências sociais contemporâneas”¹²³.

1.5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E O ART. 37, § 6.º, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O art. 37, § 6.º, da CF de 1988 representa o desaguar de uma evolução legislativa sentida ao longo das décadas anteriores¹²⁴. Estabelece o dispositivo, cuja redação ora se repete, em razão de sua relevância:

Art. 37. § 6.º. 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.

A dinâmica estabelecida pela Constituição prevê duas relações de responsabilidade: a primeira, entre a vítima do dano e o poder público, de caráter objetivo, e baseada no nexo de causalidade; e a segunda, entre o poder público e o agente público, de cunho subjetivo, calcada na culpa (imprudência, imperícia ou negligência) ou dolo (culpa em sentido amplo), e exercida por meio do direito de regresso¹²⁵.

Com efeito, a fim de se compreender a dinâmica estabelecida pela CF 1988, é preciso averiguar as inovações trazidas na redação do

¹²³ MEIRELLES, 2014, p. 766-768.

¹²⁴ SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 65.

¹²⁵ DI PIETRO, 2015, p. 792-793.

dispositivo, para, em um segundo momento, perscrutar-se acerca da efetivação do direito de regresso perante o agente público.

1.5.1 Inovações da CF 1988 em relação à disciplina da responsabilidade civil do Estado

Aspecto que merece destaque ao se analisar o art. 37, § 6.º, da Constituição reside nas inovações trazidas por esse dispositivo em relação aos textos legislativos anteriores. As principais mudanças compreendem: a previsão expressa pela responsabilidade não só das pessoas de direito público, mas também das de direito privado prestadoras de serviços públicos; e a substituição da palavra “funcionários” por conceito mais amplo, de “agentes” públicos. Certamente, observou-se a ampliação do espectro de incidência da responsabilidade do Estado, em compasso com a tendência jurisprudencial e doutrinária que a antecedeu¹²⁶.

1.5.1.1 Abrangência dos sujeitos que ensejam responsabilidade estatal: pessoas de direito público e de direito privado

A norma constitucional reconheceu de maneira expressa a responsabilização objetiva do Estado para além das pessoas de direito público, atingindo todas as pessoas de direito privado que exercem prerrogativas públicas (ou seja, que prestam serviços públicos). Assim, eliminou a dicotomia anterior¹²⁷, afastando a necessidade de se analisar a natureza da pessoa jurídica como parâmetro puro e simples para aferir a modalidade de sua responsabilidade, reconhecendo como critério definidor da aplicação do dispositivo o fato desta prestar ou não serviço público.

¹²⁶ Outra inovação trazida pela Constituição de 1988 diz respeito à posição do artigo referente à responsabilidade civil do Estado na estrutura do Diploma. Explica que, nas Constituições anteriores, o tema vinha no capítulo relacionado ao “Poder Executivo”, ao passo que, atualmente, encontra-se em seção mais abrangente, nominada “Organização do Estado”, o que comprova a maior abertura dada à matéria. COTRIM NETO, A. B. Responsabilidade do estado por atos de juiz: em face da constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Não determinada, vol. 9, jul. 1995, p. 25.

¹²⁷ Segundo a qual a responsabilidade objetiva seria aplicada às pessoas de direito público prestadoras de serviço público e a responsabilidade subjetiva às pessoas de direito privado, prestadoras ou não de serviços públicos. SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 66.

Não há dificuldade em se admitir que as pessoas de direito público, por presumirem-se realizadoras de serviços públicos, atuando no interesse da coletividade, subsumem-se ao regime da responsabilidade objetiva¹²⁸.

Nada obstante, não só sobre elas incide o art. 37, § 6.º, da CF, que também se estende às pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Além da União, Estados, Distrito Federal, Municípios (administração direta), autarquias e fundações autárquicas (administração indireta) também serão objetivamente responsabilizadas, com direito de regresso ao servidor culpado, as fundações de direito privado, empresas públicas, sociedades de economia mista (administração indireta) e concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviço público, pouco importando a sua natureza privada. Indiferente, igualmente, a quem será direcionado o dano, configurando-se a responsabilidade mesmo que a vítima não seja usuária direta do serviço público, conforme decidido pelo STF com repercussão geral¹²⁹.

Ressalva-se, contudo, que a previsão constitucional não abarca as pessoas de direito privado integrantes da administração indireta que prestam atividade econômica de natureza privada. Para estas, há de ser

¹²⁸ CAHALI, 2012, p. 95.

¹²⁹ O caso concreto trata de ação indenizatória movida por ciclista atingido por ônibus de empresa concessionária de serviço público. A discussão cingiu-se em averiguar se haveria responsabilidade da empresa, haja vista tratar-se de vítima não usuária do serviço de transporte. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul deu parcial provimento à apelação do ciclista para reconhecer a responsabilidade objetiva da empresa concessionária, “seja por se tratar de concessionária de serviço público, seja em virtude do risco inerente à sua atividade”. Ascendidos os autos ao STF, o julgamento do recurso extraordinário interposto pela empresa foi suspenso em virtude de acordo, porém, pelo reconhecimento de repercussão geral, deu-se-lhe prosseguimento. No acórdão que decidiu o RE, justificou-se a manutenção da responsabilidade da concessionária pelo fato de o art. 37, § 6.º, da CF não fazer qualquer ressalva quanto ao sujeito passivo do dano, não parecendo adequado interpretá-lo restritivamente (aplicação da máxima *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemos*), bem como pelo fato de o serviço público ter, por definição, caráter geral, abrangendo todos os cidadãos, beneficiários diretos ou indiretos. Hoje, portanto, firme é a interpretação acerca da responsabilidade objetiva de concessionárias em face de não usuários de serviços públicos, reafirmando-se a tendência ampliadora da abrangência do dispositivo constitucional. STF, RE 591874, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 26/08/2009, DJe 18/12/2009.

observado o disposto no art. 173, § 1.º, inc. II, da CF, que reconhece a sua sujeição ao regime jurídico do direito privado:

Art. 173. § 1.º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Logo, no tocante à responsabilidade civil, deve ser aplicado o regime de responsabilidade próprio das empresas privadas, previsto no Código Civil, e que possui caráter subjetivo¹³⁰.

Sintetizando a dinâmica da matéria, Yussef Said Cahali expõe que a responsabilidade objetiva gravita em torno do trinômio “pessoa jurídica de direito público/pessoa jurídica de direito privado/prestação de serviço público”¹³¹, reforçando que é a natureza da atividade prestada, e não a natureza jurídica da pessoa, que define a aplicação da regra constitucional. Excluem-se da responsabilidade objetiva constitucional, portanto, as entidades privadas que causarem danos a particulares no desempenho de atividades tipicamente econômicas^{132 133}.

Discussão bastante pertinente sobre a responsabilidade objetiva de empresas privadas prestadoras de serviço público cinge-se em averiguar se o Estado possui alguma responsabilidade perante os danos causados a terceiros por tais empresas.

Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que, uma vez exauridos os recursos da pessoa de direito privado, o ente estatal pode ser acionado pela vítima, porquanto foi este quem a ela (empresa privada) acometeu o desempenho da função pública. Reconhece, assim, a responsabilidade subsidiária, não havendo sentido em eximir o Estado de responsabilidade pela prestação indireta¹³⁴.

¹³⁰ DI PIETRO, 2015, p. 360.

¹³¹ CAHALI, 2012, p. 89.

¹³² CAHALI, 2012, p. 110.

¹³³ Em igual sentido, José Néri da Silveira. *In* Revista da Escola Superior da Magistratura – n.º 1, 1996, p. 113.

¹³⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.027.

O contrário não seria razoável, pois a busca pela eficiência da prestação dos serviços públicos, que é a razão para a descentralização dessas atividades, não pode, ao mesmo tempo, acarretar a irresponsabilidade total do Estado pelos atos das empresas privadas, nem mesmo descaracterizar a sua responsabilidade objetiva, transformando-a em responsabilidade subjetiva, eminentemente mais branda, haja vista a dificuldade de se provar a culpa.

O ente estatal, portanto, deve responder de forma subsidiária, a não ser que a falha na escolha ou fiscalização, no caso de empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas, tenha sido a causa imediata do evento que causou o dano, hipóteses nas quais a sua responsabilidade será solidária¹³⁵.

1.5.1.2 A substituição de “funcionários” por “agentes”: noção do novo termo e ampliação do alcance da norma

No tocante à outra principal inovação trazida pela Constituição de 1988, referente à troca da palavra “funcionários” por “agentes”, assim se preferiu em virtude da amplitude deste vocábulo face àquele.

O Estado consiste em ente fictício, despidido de vontade própria e de agir psíquico ou físico, de modo que a sua vontade e ação decorrem da atuação de seus agentes. Os atos destes são os atos do próprio ente estatal, não se podendo falar em separação de vontades, pois há verdadeira relação orgânica formadora de uma unidade¹³⁶. Essa concepção organicista do ente público, por sua vez, faz com que a responsabilidade do Estado perante o terceiro prejudicado seja direta, uma vez que a atividade do servidor configura-se como atividade própria da pessoa jurídica de cuja organização participa¹³⁷.

“Agentes”, que é a maneira simplificada de se referir a agentes públicos, engloba as categorias de agentes administrativos e também

¹³⁵ PIRES, Sandra Regina. O juiz em juízo: a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais no contencioso cível e a desconstituição da coisa julgada como requisito para a ação indenizatória. *Juris Plenum*. Caxias do Sul: vol. 9, n. 50, mar./2013, p. 133.

¹³⁶ “Não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois, entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, procedida na intimidade da pessoa estatal”. BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.026-1.027.

¹³⁷ CAHALI, 2012, p. 63-64.

políticos; engloba os servidores públicos de modo geral, além dos particulares que prestam serviços públicos em colaboração com o Estado, que são os empregados das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos, integrantes ou não da administração pública.

O termo, ao ser interpretado sob a concepção hodierna do Estado de Direito, deve afastar qualquer indagação sobre a qualidade da pessoa física, podendo advir a responsabilidade de atos das mais altas autoridades, bem como de servidores de baixa remuneração. Basta que tal agente ou preposto esteja atuando no exercício de cargos, funções ou atribuições dentro da organização estatal, sob qualquer categoria ou título jurídico¹³⁸.

Este é requisito essencial que emana da compreensão da responsabilidade estatal atualmente: o dano deve ter sido cometido por agente público em serviço ou, ainda que por motivos pessoais ou alheios ao serviço público, aproveitando-se da sua condição de servidor. Situações totalmente alheias não atraem a responsabilização do Estado¹³⁹.

Acertada, portanto, a utilização do termo “agentes”, pois alcança todas as pessoas incumbidas de serviços públicos, em caráter permanente ou transitório. À vítima, aliás, é indiferente o título ou relação que liga o responsável pelo dano ao Estado, sendo necessário para o reconhecimento da responsabilidade estatal apenas que o sujeito tenha agido na qualidade de agente, e não necessariamente no exercício de suas funções¹⁴⁰.

Ademais, sob a égide das Constituições anteriores, entendia-se que os atos dos “funcionários” atraíam a responsabilização do Estado quando tais funcionários compusessem o Poder Executivo. Nada obstante, com o substitutivo de 1988, deve-se entender que os atos de “agentes” de quaisquer Poderes atraem a obrigação reparatória¹⁴¹. Repita-se: o termo “agentes” não por acaso foi escolhido para compor a redação do artigo, chamando atenção para a amplitude a que quis dar o constituinte originário.

Tal amplitude abrange até mesmo os chamados funcionários de fato, que são aqueles que possuem vínculo com a administração, porém

¹³⁸ DIAS, *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, 2004, p. 50-51.

¹³⁹ BANDEIRA DE MELLO, 1984, p. 265.

¹⁴⁰ MEIRELLES, 2014, p. 768-769.

¹⁴¹ COTRIM NETO, 1995, p. 25.

tal vínculo encontra-se maculado com o vício da nulidade, fato que se desconhecia no momento que o dano foi causado. É funcionário de fato, por exemplo, o médico erroneamente nomeado para assumir cargo público, sendo que outro deveria ter sido convocado em seu lugar. Por outro lado, não acarreta a responsabilidade do Estado o caso do usurpador de função, que é o sujeito que não possui qualquer vínculo com a administração (quem se faz passar por médico, por exemplo). Nesse caso, não há qualquer responsabilidade do Estado, não sendo atraída a aplicação do art. 37, § 6.º, da CF.

De extrema relevância, então, a inserção do vocábulo “agentes” e a definição da extensão do conceito na conjuntura constitucional pós-1988, não havendo dúvidas sobre a superação de concepções restritivas na redação constitucional.

1.5.2 A cobrança em face do agente público: o direito de regresso e a denúncia da lide

Inobstante esteja clara a existência de duas relações distintas e independentes no texto constitucional, subsistem divergências acerca da operacionalização dessas responsabilidades. A possibilidade de ingresso da ação indenizatória exclusivamente em face do Estado, ao qual caberia, posteriormente, haver-se em face do seu agente de forma regressiva, não é ponto inequívoco, suscitando discussão na doutrina e na jurisprudência.

Nomes como Celso Antônio Bandeira de Mello, em verdadeiro apego à solidariedade prevista nos Diplomas predecessores, entendem que a vítima pode acionar diretamente o servidor que realizou o ato danoso, solidariamente com o Estado ou não, para discutir a sua culpabilidade em ação única, proposta por quem sofreu o prejuízo.

Caberia à vítima, assim, escolher de quem cobrar a indenização, se contra o Estado, o funcionário ou ambos, em verdadeiro litisconsórcio facultativo. Se optasse por acionar o agente, por óbvio, teria que provar a sua culpa ou dolo. Para sustentar a sua posição, alega o autor que o acionamento da pessoa física não prejudicaria a defesa do poder público, bem como seria do interesse do funcionário intervir no processo^{142 143}.

¹⁴² BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.056-1.058.

¹⁴³ No mesmo sentido: Adilson Abreu Dallari, *In Regime Constitucional do servidor público – Revista dos Tribunais*, 1988, p. 127 e seguintes; Gustavo Tepedino, *A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In Temas de Direito Civil. T. II. Rio de Janeiro: Renovar*, 2006.

A essa posição, coaduna-se o Superior Tribunal de Justiça, que considera pacífica a questão. Ressalta, inclusive, o direito de escolha da vítima para, embora ciente da solvabilidade do poder público, “fugir” do moroso regime público de precatórios:

1. O art. 37, § 6º, da CF/1988 prevê uma garantia *para o administrado* de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do *risco administrativo*; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração.

2. Assim, *há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios. Doutrina e precedentes do STF e do STJ*¹⁴⁴. (grifou-se).

¹⁴⁴ STJ, REsp 1325862/PR, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJ 10/12/2013.

No mesmo sentido: STJ, REsp 731.746/SE, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 04/05/2009; STJ, REsp 759.272/GO, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 19/06/2005; STJ, REsp 481.939/GO, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2005, DJ 09/05/2005.

Em sentido contrário, Hely Lopes Meirelles defende que o ajuizamento deve ocorrer exclusivamente em face do ente estatal, o qual, de maneira alheia à vítima, irá cobrar do funcionário responsável em nova demanda¹⁴⁵. Aduz-se, ademais, o fato de a Constituição reconhecer, claramente, que a pessoa física obriga-se a ressarcir nos limites do que houver desembolsado o poder público, o que aponta a subsidiariedade e dependência da responsabilidade do agente ao resultado da primeira ação¹⁴⁶.

Carmen Lúcia Antunes Rocha, também defendendo a separação de responsabilidades e momentos de cobrança, ensina que a previsão constitucional orienta, inicialmente, o refazimento do patrimônio do particular ofendido, para tão-somente em seguida, nos casos indicados (culpa e dolo), ser refeito o patrimônio público, por meio do direito de regresso, alheio à vítima¹⁴⁷. A esta, não será necessário demonstrar a culpabilidade do agente público para ver seu direito atendido, mas apenas a ocorrência do dano e do nexó de causalidade entre o dano e a atividade estatal.

Entende-se, outrossim, que a sistemática constitucional serve de “escudo de proteção” ao servidor público, que não poderá ser acionado em ações infundadas, que não digam respeito ao órgão a que pertence, ou com possível intuito vexatório ou de vingança¹⁴⁸. Respeitar-se-ia, assim, a liberdade de atuação e imparcialidade do servidor público, que não se veria constantemente ameaçado com a propositura de demandas judiciais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui julgados admitindo o acionamento direto do agente¹⁴⁹, mas os mais recentes entendem pela sua inadmissão. Para fundamentar a impossibilidade, destaca a existência de uma “dupla garantia”, uma para a vítima e outra para o servidor:

¹⁴⁵ MEIRELLES, 2014, p. 773.

¹⁴⁶ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3.º Vol., tomo III. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 182.

¹⁴⁷ ROCHA, 1991, p. 81.

¹⁴⁸ SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 68.

¹⁴⁹ Os julgados do STF que admitem o ajuizamento em face do agente são bastante antigos (STF, RE 90071/SC, Rel. Min. CUNHA PEIXOTO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 18/06/1980, DJ 26/09/1980; STF, RE 92214/RS, Rel. Min. SOARES MUNOZ, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/03/1980, DJ 21/03/1980), de modo que, ao menos nessa Corte, a orientação mais recente tem entendido pela sua impossibilidade.

“O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que *somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros*. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, *dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular*. Recurso extraordinário a que se nega provimento¹⁵⁰. (grifou-se).

Em relação ao direito de regresso, embora a redação do dispositivo constitucional não tenha sido clara, deve-se entender pela obrigatoriedade de se promover o seu exercício, desde que, concomitantemente, o Estado tenha sido condenado a indenizar a vítima e o agente responsável tenha agido com culpa ou dolo¹⁵¹. Quer dizer, a regressão perante a pessoa física causadora do dano não recai sobre o arbítrio do Estado, estando de acordo com os princípios da legalidade e moralidade (art. 37, *caput*, da CF) o fato de que tal cobrança é obrigatória¹⁵². Coaduna-se a esse entendimento, aliás, o princípio da

¹⁵⁰ STF, RE 327904/SP, Rel. Min. CARLOS BRITTO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJ 08/09/2006.

No mesmo sentido: STF, AR 2388/MG AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 23/04/2015; STF, RE 470996/RO AgR, Rel. Min. EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 10/09/2009; STF, RE 344.133/PE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 13/11/2008; STF, RE 228.977/SP, Rel. Min. NERI DA SILVEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2002, DJ 12/04/2002.

¹⁵¹ SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 68.

¹⁵² ROCHA, 1991, p. 81.

indisponibilidade do interesse público¹⁵³. Note-se que, mesmo obrigatório, o ajuizamento da regressiva nem sempre ocorrerá, pois dependerá, em última instância, justamente da prova da culpa do agente. Será obrigatório se houver essa prova¹⁵⁴.

Na prática, para tanto, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que o direito de regresso é pouco exercido pelo Estado, exceto nos casos de motoristas de veículos oficiais. Vale lembrar que o autor não se posiciona contra o acionamento em face do Estado e o consequente direito de regresso, apenas sendo contrário à obrigatoriedade do ajuizamento em face do Estado, sem se propiciar o direito de escolha.

Aponta como principais motivos para não ser exercido o regresso certo corporativismo, visto que o agente subalterno é protegido pelo seu superior, até mesmo porque pode ter agido a mando dele; e o fato de, na ação movida diretamente pela vítima em face do Estado, este alegar, como defesa, a inexistência de qualquer irregularidade, podendo comprometer a sua credibilidade ao responsabilizar o funcionário ao exercer o direito de regresso, haja vista ter de adotar posturas antagônicas. Essas razões, continua o autor, acabam por firmar a impunidade do funcionário, defendendo que seria muito mais efetivo o ajuizamento diretamente contra ele, uma vez que a sua culpa e incapacidade para o trabalho ficariam evidentes¹⁵⁵.

Finalmente, outra discussão pertinente recai sobre *como* se deve exercer o regresso previsto na parte final do § 6.º do art. 37. De fato, a CF não prevê a obrigatoriedade de se cobrar do agente público mediante ação autônoma (ação regressiva), apenas aduzindo a possibilidade de se exercer o “direito de regresso”, o qual não deve ser confundido com a ação, pois esta é manifestação do exercício daquele.

Para tanto, exsurge a possibilidade de se denunciar a lide ao agente na ação movida pela vítima em face do Estado.

Para a parte da doutrina que entende pela sua possibilidade, haveria o acúmulo de pretensões, sendo decididas em sentença única a pretensão indenizatória da vítima face ao Estado e deste, Estado denunciante, face ao agente denunciado¹⁵⁶.

¹⁵³ SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 70.

¹⁵⁴ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade civil do Estado: dano moral, dano material, indenização principal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1995, p. 15-16.

¹⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2014, 1.058-1.060.

¹⁵⁶ DIAS, *Responsabilidade civil do estado no direito brasileiro*, 2004, p. 147-148.

O art. 70, inc. III, do Código de Processo Civil, que enuncia a regra geral dessa modalidade de intervenção de terceiro, prevê a obrigatoriedade de sua alegação nos autos, caracterizando-a como verdadeira ação regressiva antecipada¹⁵⁷. Nada obstante, discute-se na doutrina se, nos casos de responsabilidade civil estatal, a denúncia pelo Estado na ação indenizatória movida pela vítima é imprescindível ou não.

Entende-se que considerar obrigatória a denúncia poderia criar, na prática, situações controversas, para não se dizer absurdas. Por exemplo, poderia o Estado ver-se obrigado a, em contestação a ação indenizatória na qual alega a ocorrência de caso fortuito ou força maior, ser compelido a indicar o agente que deu azo ao dano reclamado pela vítima, o que representaria evidente contrassenso. Nesse caso, a denúncia estaria em flagrante contradição com a defesa, que justamente afasta a causalidade entre o dano e qualquer ato do Estado e de seus servidores, não possuindo razão de ser a sua arguição.

Logo, ressoa mais adequado reconhecer a facultatividade de se alegar tal modalidade de intervenção de terceiro no processo iniciado pela vítima, ressalvando-se, contudo, que, caso não denunciada a lide nos casos em que poderia sê-la, ficará o Estado obrigado a propor a ação autônoma¹⁵⁸. Ademais, caso seja alegada, a denúncia não poderá ser recusada pelo juízo.

Há, todavia, quem discorde da possibilidade de se denunciar a lide nos casos de responsabilidade estatal. Hely Lopes Meirelles entende que deve ser ajuizada ação autônoma, bastando a cumulação de dois requisitos: a prévia condenação do Estado e a prova da culpa do agente¹⁵⁹. E Celso Antonio Bandeira de Mello, desta vez concordando com Meirelles ao negar a denúncia, aduz que o motivo da discordância reside no fato de que os fundamentos jurídicos e, sobretudo, o âmbito probatório das responsabilidades do Estado (objetiva) e do agente (subjativa) são diferentes, o que certamente prejudicaria o autor da ação indenizatória se tais questões fossem

¹⁵⁷ “Art. 70. A denúncia da lide é obrigatória:

(...)

III – àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda”.

¹⁵⁸ DIAS, *Responsabilidade civil do estado no direito brasileiro*, 2004, p. 148-149.

¹⁵⁹ MEIRELLES, 2014, p. 775.

decididas em conjunto¹⁶⁰. Nessa relação processual, não existiria espaço para se investigar a culpa ou dolo do agente causador, havendo substancial diferença entre a denúncia da lide prevista na lei processual e o direito de regresso da Constituição¹⁶¹.

De efeito, a denúncia da lide é instrumento que visa à agilidade processual, a fim de resolver em um só processo todas as questões. Nos casos de responsabilidade estatal (art. 37, § 6.º, da CF), contudo, apenas serviria para procrastinar o legítimo reconhecimento do direito da vítima, condicionando a sua declaração à solução de outro conflito de interesses, que sequer lhe diz respeito (a culpa do agente). Assim, tendo em vista a diversidade de procedimentos, entende-se que a discussão de ambas as responsabilidades na mesma ação é conflitante, comprometendo a celeridade da resolução do processo para a vítima¹⁶².

Ante as discrepâncias doutrinárias, deve-se salientar que, na jurisprudência, predomina o entendimento pela facultatividade da denúncia da lide, de modo que o Estado sempre poderá exercer o direito de regresso, inclusive via ação autônoma, ainda que o agente não seja chamado para integrar o feito:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. MORTE DECORRENTE DE ERRO MÉDICO. DENÚNCIAÇÃO À LIDE. NÃO OBRIGATORIEDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Nas ações de indenização fundadas na responsabilidade civil objetiva do Estado (CF/88, art. 37, § 6º), não é obrigatória a denúncia à lide do agente supostamente responsável pelo ato lesivo (CPC, art. 70, III).

2. *A denúncia à lide do servidor público nos casos de indenização fundada na responsabilidade objetiva do Estado não deve ser considerada como obrigatória, pois impõe ao autor manifesto prejuízo à celeridade na prestação jurisdicional. Haveria em um mesmo*

¹⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.060.

¹⁶¹ PERIN, Jair José. A responsabilidade civil do estado e o dano moral. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 814, ago. 2003, p. 117-118.

¹⁶² CASTRO, Honildo Amaral de Mello. Responsabilidade civil do estado: alguns aspectos. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 372, mar. 2004, p. 131-132.

processo, além da discussão sobre a responsabilidade objetiva referente à lide originária, a necessidade da verificação da responsabilidade subjetiva entre o ente público e o agente causador do dano, a qual é desnecessária e irrelevante para o eventual ressarcimento do particular. Ademais, o direito de regresso do ente público em relação ao servidor, nos casos de dolo ou culpa, é assegurado no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual permanece inalterado ainda que inadmitida a denúncia da lide.

3. Recurso especial desprovido¹⁶³. (grifou-se).

Traçada a dinâmica proposta pelo art. 37, § 6º, da Constituição, fica evidente a ampliação promovida por esse dispositivo, seja no espectro de pessoas jurídicas que podem acarretar a responsabilidade civil do Estado, seja em relação às pessoas físicas entendidas como agentes públicos. Já a operacionalização da responsabilidade mostra-se igualmente ampla, pois não se restringe à obrigatoriedade da denúncia da lide, devendo a expressão “direito de regresso” ser entendida em toda a sua amplitude.

1.6 A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988: O CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Estado responderá pelos danos causados por seus agentes a terceiros. Para se reconhecer o dever de indenizar, não é necessário se perscrutar, em um primeiro momento, a ocorrência de ato culposo ou doloso de quem quer que seja. Basta a percepção do dano e a sua ligação à prestação de qualquer serviço público, sendo indiscutível a constatação

¹⁶³ STJ, REsp 1089955/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 24/11/2009.

No mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp 63.018/RJ, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 03/04/2013; STJ, AgRg no AREsp 60.305/CE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011; STJ, REsp 1163652/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 01/07/2010; STF, RE 93880/RJ, Rel. Min. DÉCIO MIRANDA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/1981, DJ 05/02/1982.

de que, na vigência da Constituição de 1988, a responsabilidade civil estatal é objetiva.

No tocante à legislação infraconstitucional, ao tratar da teoria geral da responsabilidade civil, o Código Civil de 2002 contemplou, como cláusulas gerais, as modalidades subjetiva e objetiva. Com o seu art. 927, *caput*, conjugado com o seu art. 186, possibilitou o reconhecimento da responsabilização com culpa, e, com o seu art. 927, parágrafo único, o reconhecimento da responsabilização baseada no risco, sem culpa¹⁶⁴:

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

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

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

Em relação ao Código de 1916, pode-se dizer que, nele, havia cláusula geral prevendo apenas a responsabilidade subjetiva¹⁶⁵, não havendo cláusula geral de responsabilidade objetiva. Isso não significa dizer, contudo, que tal Diploma não a previa¹⁶⁶. Com efeito, a ausência

¹⁶⁴ Também o art. 931 do CC vigente prevê modalidade específica de responsabilidade sem culpa: “Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”.

¹⁶⁵ “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

¹⁶⁶ São exemplos de responsabilidade objetiva, no CC de 1916, os arts. 1.519 (“Se o dono da coisa, no caso do art. 160, nº II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo que sofreu”) e 1.529 (“Aquele que habitar uma casa, ou parte dela responde, pelo dano proveniente das coisas, que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido”). Esse último corresponde ao art. 938 do CC de 2002 (“Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde

da responsabilidade objetiva, como cláusula geral, no Código de 1916 chama a atenção para o fato de que esse instituto se fortaleceu ao longo do século XX, o que acabou por culminar no parágrafo único do art. 927 do CC vigente.

A responsabilidade objetiva é resultado da evolução e especialização das interações sociais, surgindo a partir da insuficiência da teoria da culpa para a solução da totalidade dos casos concretos. Em novas situações fáticas que iam surgindo – em especial nos casos de acidente de trabalho¹⁶⁷ –, mostrava-se dificultosa a produção, pela vítima, de provas da culpabilidade do causador do dano, o que criava situações de impunidade e de obstrução da realização de justiça, motivando a desconsideração do elemento culpa para configurar o dever de indenizar.

Com efeito, o acatamento do critério objetivo fez com que a parte passasse a ser responsabilizada pelo simples fato de exercer atividade que apresentasse riscos a terceiros, tornando-se descipienda a análise da conduta do causador do dano.

O pioneirismo da teoria da responsabilidade objetiva, assim desenvolvida, é creditado às obras de Raymond Saleilles e Louis Josserand, no século XIX¹⁶⁸, seguidos por Georges Ripert, merecendo destaque, no Brasil, Alvíno Lima, Orozimbo Nonato, Aguiar Dias e outros¹⁶⁹.

Alvíno Lima, a respeito, exprime bem a diferença entre as responsabilidades subjetiva e objetiva, aduzindo que, nesta, o que se deve ter em vista é a vítima e a reparação de seu dano, abstraindo-se a ideia, presente naquela, de penalização do responsável pelo prejuízo¹⁷⁰. Na responsabilidade objetiva, pouco importa o nexó psicológico entre o fato e a vontade de quem o pratica, pois o risco é impessoal, ligado ao serviço, e não ao sujeito.

Para tanto, é justamente esse enfoque que se buscou com a previsão da teoria do risco para a responsabilidade estatal, a proteção do direito da vítima, mediante abordagem impessoal, deslocando-se para

pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”).

¹⁶⁷ Ver nota de rodapé n.º 16.

¹⁶⁸ STOCO, 2011, p. 184.

¹⁶⁹ CAVALIERI FILHO, 2014, 179-182.

¹⁷⁰ LIMA, Alvíno. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. pelo professor Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998, p. 116.

um segundo momento, e quando for o caso, a apuração dos culpados diretos pelos danos.

1.7 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado é objetiva. Desse modo, o poder público não responderá apenas se faltar nexos de causalidade entre o seu comportamento e o dano, ou se o dano indenizável não tenha ocorrido, ou se a situação de risco inexistiu ou não foi decisiva para a ocorrência do prejuízo. Percebidos esses elementos, haverá o dever reparatório.

Yussef Said Cahali aponta três requisitos (“pressupostos”) fundamentais para que seja configurado o dever de indenizar: o evento danoso, o nexo de causalidade material e a qualidade de agente, na prática do ato, de quem causou o dano¹⁷¹. Esses elementos merecem análise individualizada.

1.7.1 O dano indenizável: elemento indispensável à caracterização da responsabilidade civil

É premissa da teoria geral da responsabilidade civil, e que se estende à estatal, que não pode haver responsabilidade sem dano. A ilicitude de um ato não é suficiente para justificar a indenização¹⁷², tanto que, muitas vezes, esta decorrerá de atos lícitos, sendo necessária a ocorrência de lesão, a um direito ou bem jurídico, que cause desequilíbrio na esfera de direitos do lesado, a qual será reestabelecida justamente por meio da reparação civil. Por óbvio, para se ter um dano reparável – que pode englobar tanto o que efetivamente se perdeu, quanto o que se deixou de ganhar –, deve existir o sujeito lesado, não havendo como se indenizar, por exemplo, uma *res nullius*¹⁷³.

Celso Antônio Bandeira de Mello explica que duas são as características necessárias para se configurar o dano indenizável: que haja “lesão a um direito da vítima”, bem como que o dano seja certo (real), e não eventual, podendo ser atual ou futuro.

Com efeito, a noção legal de dano possui dois elementos, sendo apenas um deles indispensável para que o prejuízo seja considerado

¹⁷¹ CAHALI, 2012, p. 65-85.

¹⁷² CAHALI, 2012, p. 65.

¹⁷³ SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 26.

ressarcível: o elemento jurídico¹⁷⁴. A lesão ao patrimônio da vítima, ou elemento econômico do dano, não implica, por si só, o dever de ressarcir, devendo, indispensavelmente, manifestar-se a violação a bem jurídico protegido pelo sistema normativo (violação ao ordenamento jurídico), sendo este o elemento jurídico do dano. Necessária é a mácula a um direito, ou a um bem a que faz jus o prejudicado.

Ademais, a juridicidade do comportamento (conduta) não influencia no dano, de modo que este pode ter origem tanto em atos ilícitos, quanto em atos lícitos. Se configurar extinção ou agravamento de um direito, o dano, por isso, será indenizável, ainda que tenha partido de conduta que, em si mesma, não tenha ferido o ordenamento jurídico. A lesão ao ordenamento deve ser observada no resultado¹⁷⁵.

Outro aspecto diz respeito às características do dano. Carlos Calvo Costa defende que terá repercussão o dano jurídico, ou seja, aquele que viola um interesse (humano) juridicamente tutelado, e que os danos devem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais, a depender da índole do interesse afetado¹⁷⁶. Em relação aos danos extrapatrimoniais, que afetam o espírito da pessoa, não se observam consequências no âmbito econômico. Porém, ainda assim há efeitos negativos, os quais são sentidos em outra esfera, não de cunho patrimonial, mas moral.

Criticando a distinção entre dano moral puro e dano moral com repercussão patrimonial, explica o autor que tal diferenciação é forçada, pois, se o dano possui repercussão econômica, será dano patrimonial, ainda que causado a partir de ofensa moral. Assim, ao se ofender terceiro, fazendo com que o ofendido tenha que procurar ajuda psicológica ou médica, por exemplo, tem-se configurados danos patrimoniais, mesmo a sua origem tendo sido uma violação psíquica¹⁷⁷.

Portanto, nos casos de responsabilidade estatal, os danos podem ser materiais ou morais, e só poderão ser ressarcidos se violarem direitos dos administrados. Importa justamente a índole do interesse afetado, e

¹⁷⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Vol. 5, 4. ed., rev. e atual. por José Santa Maria Serpa. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 222.

¹⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.039-1.040.

¹⁷⁶ Fernando Noronha diferencia dano, bem lesado e interesse lesado. O dano compreende o prejuízo decorrente de uma lesão antijurídica de bem de terceiro; já o bem corresponde a “coisas do mundo externo, corpóreas ou incorpóreas, e são ainda qualidades internas das pessoas”; e o interesse, por fim, é o vínculo entre a pessoa e o bem, e pode ser patrimonial ou “ideal”. NORONHA, 2010, p. 579-580.

¹⁷⁷ CALVO COSTA, Carlos A. *Daño Resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 63-78.

não o bem atingido diretamente pelo ato lesivo. Exemplo de dano moral causado pelo Estado pode ser o decorrente de erro judiciário¹⁷⁸.

Outra característica indispensável à configuração dos danos ressarcíveis compreende a obrigatoriedade de serem certos e reais, de ocorrência indubitosa, não sendo indenizáveis os danos eventuais, meramente hipotéticos.

Para Fernando Noronha, a diferença entre dano certo (real) e dano incerto (eventual) reside na prova, que deve ser produzida pela vítima. Com efeito, os danos certos “são objeto de prova suficiente, tanto da sua verificação como da sua decorrência de um determinado fato antijurídico”, enquanto os eventuais tem “verificação duvidosa, meramente hipotética”¹⁷⁹.

Os danos certos podem ser atuais e futuros. Por danos atuais, entendem-se aqueles cuja ocorrência tenha sido efetivamente demonstrada no momento da decisão do magistrado¹⁸⁰. E, por futuros, aqueles outros cuja ocorrência seja verossímil, e decorrente do fato lesivo.

A prova dos danos futuros, pela própria natureza probabilística que os envolve, é mais difícil de ser produzida que a dos danos presentes, visto restar enfraquecido o nexos de causalidade. Demanda-se a aplicação de regras de experiência para se aferir a certeza do dano, havendo a formação, em alguns casos, de verdadeira zona de incerteza, a ser integrada concretamente pelo arbítrio do julgador.

É o caso, trazido por Noronha, da indenização alimentar devida à família de pai, provedor do seu sustento (da família), morto em acidente. O dano futuro referente à continuidade do trabalho e provimento do sustento é, não sem alguma dificuldade, possível de ser aferido. Já a prova de que o pai estava prestes a ser promovido, o que justificaria o aumento do valor pago, exige um pouco mais de esforço para ser

¹⁷⁸ STJ, REsp 1385946/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 15/04/2014.

¹⁷⁹ NORONHA, 2010, p. 605.

¹⁸⁰ Rafael Peteffi da Silva explica que o momento cronológico para se aferir se o dano é presente ou futuro não é o momento da ocorrência do evento danoso, mas o da decisão do magistrado sobre o caso concreto. SILVA, 2013, p. 110. Ainda sobre o momento do dano, importa dizer que os danos indenizáveis causados pelo Estado devem subsistir no momento em que a vítima os reclamar, pois, se já tiver sido reparado, e desde que provada a satisfação da indenização, não pode ser pleiteado e ressarcido novamente. Se a reparação não tiver sido realizada pelo Estado, mas por terceiro, este se sub-roga na condição de credor do ente público. SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 27.

realizada. Possivelmente, essa última situação cairia na referida zona de incerteza, sendo descaracterizada como dano certo, passando a ser considerada dano eventual, portanto não indenizável¹⁸¹.

Em síntese, tem-se que o dano ressarcível compreende a lesão, material ou moral, a direito (interesse) da vítima, que deve ter ocorrência certa, e que pode ser atual ou futuro¹⁸². Sem essas características, pode haver o dano, porém este não surtirá efeitos no âmbito da responsabilidade civil do Estado.

1.7.2 O nexo de causalidade: o vínculo entre a conduta estatal e o dano indenizável

A respeito do nexo de causalidade, segundo requisito trazido por Cahali, o autor explica que a causa do dano é pressuposto indispensável para caracterizar a responsabilidade civil do Estado¹⁸³.

O nexo causal consiste no vínculo entre o dano e a conduta, seja ela omissiva ou comissiva, lícita ou ilícita, volitiva ou não. Para se formar o dever de indenizar, não basta a conduta antijurídica, nem que a vítima tenha sofrido um dano, sendo necessário que se estabeleça “uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado”¹⁸⁴. A coincidência, para tanto, não é suficiente para ensejar o ressarcimento, sendo obrigatório verificar-se o elo de “causa e efeito” entre a conduta (ação ou omissão) e o prejuízo¹⁸⁵.

Também com a culpabilidade não pode ser confundido o presente requisito. É que, enquanto a culpabilidade diz respeito a uma série de elementos subjetivos, ligados ao sujeito causador do evento danoso, como a sua capacidade de entendimento ou a possibilidade de agir de outro modo, a causalidade compreende um requisito objetivo, direto, que interliga a conduta ao dano sem qualquer investigação subjetiva¹⁸⁶. São elementos diferentes, cuja análise recai em âmbitos opostos de realização.

A demonstração do nexo de causalidade, por vezes, mostra-se demasiado difícil na prática, podendo-se considerá-lo o pressuposto de

¹⁸¹ NORONHA, 2010, p. 606-608.

¹⁸² ALMEIDA, 2014, p. 194.

¹⁸³ CAHALI, 2012, p. 71.

¹⁸⁴ PEREIRA, 1989, p. 83.

¹⁸⁵ SILVA, 2013, p. 21.

¹⁸⁶ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 62.

responsabilidade civil mais difícil de ser determinado¹⁸⁷. Tais dificuldades mostram-se, sobretudo, nos casos que envolvem causalidade múltipla, “isto é, quando há uma cadeia de condições, várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, e temos que precisar qual dentre elas é a causa real do resultado”¹⁸⁸. gerando bastantes dúvidas nos casos concretos, sobretudo naqueles que envolvem causalidade múltipla¹⁸⁹.

Na tentativa de facilitar a demonstração do pressuposto nexo, sobretudo nos casos em que se apresentarem mais de uma causa para o dano, a doutrina desenvolveu teorias explicativas¹⁹⁰. A primeira delas, a teoria da equivalência das condições, considera causa todos os eventos que, se hipoteticamente não ocorressem, implicariam a inoccorrência do prejuízo. De acordo com essa teoria – bastante criticada em doutrina, saliente-se –, basta averiguar se o ato é condição *sine qua non* para o dano, não sendo necessário perscrutar qual evento foi mais determinante para o ocorrido, pois todas as condições são tratadas de forma idêntica: como causas¹⁹¹.

Já a teoria da causalidade adequada, embora também exija que as causas sejam condições *sine qua non* para o dano, diferencia-se da anterior pelo fato de não considerar condição sinônimo de causa. Ela propõe a diferenciação entre os conceitos, exigindo, para a caracterização da causalidade, adequação perante o resultado¹⁹². Pela causalidade adequada, todas as causas são condições, porém nem todas as condições são causas do dano. Será causa, portanto, a condição que tiver sido “mais determinante, desconsiderando-se as demais”¹⁹³, e independentemente da distância temporal em relação ao dano¹⁹⁴.

¹⁸⁷ Ao contrário do dano, que pode ser considerado o pressuposto menos controverso. RIBEIRO, 2003, p. 39.

¹⁸⁸ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 63.

¹⁸⁹ PEREIRA, 1989, p. 84.

¹⁹⁰ A respeito das teorias do nexo de causalidade, ver: SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3.^a Ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19-32; CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 72-74.

¹⁹¹ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 64.

¹⁹² SILVA, 2013, p. 23-25.

¹⁹³ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 65.

¹⁹⁴ Clóvis do Couto e Silva defende que importa a distância lógica, e não temporal, entre evento e dano para se aferir o nexo de causa e efeito. COUTO E SILVA, Clóvis do. O dever de indenizar. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de

A teoria adotada pelo direito brasileiro, conforme o STF, não é a teoria da causalidade adequada, e muito menos a da equivalência das condições, mas a teoria do dano direto e imediato, também chamada teoria da interrupção do nexo causal¹⁹⁵.

De acordo com essa teoria, considera-se como causa jurídica “apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva”. Quer dizer: a causa continua sendo condição *sine qua non* do dano, porém a relação causal é qualificada, devendo ser necessária, direta e imediata¹⁹⁶.

Com efeito, se ocorrer alguma causa superveniente a partir de fato da vítima, de terceiro ou da natureza (excludentes de causalidade), o nexo causal é interrompido, eximindo-se de responsabilidade o responsável pela causa anterior (causa que foi substituída). Desse modo, o nexo não é interrompido pela distância entre a inexecução e o dano, mas pela “ocorrência de causa superveniente, porquanto é a causa próxima que toma o lugar da remota”¹⁹⁷. À causa próxima, no entanto, não basta a sua colocação temporal, sendo necessária para a sua caracterização o elemento necessidade, ou seja, sua capacidade de, por si só, causar o prejuízo¹⁹⁸.

Outro aspecto da teoria do dano direto e imediato é que ela, a despeito do que sugere sua denominação, não exclui a possibilidade de danos indiretos e remotos serem considerados causas para a responsabilidade. Decisão do STF pode auxiliar nesse particular:

Essa teoria, bem como demonstra Agostinho Alvim (*Da inexecução das obrigações*, p. 370), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva. Daí, dizer Agostinho Alvim (loc. cit.): “*Os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas.*”

(Org.). *O Direito Privado brasileiro na Visão de Clóvis do Couto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 195.

¹⁹⁵ CAHALI, 2012, p. 72-74.

¹⁹⁶ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 67.

¹⁹⁷ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 339.

¹⁹⁸ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 68-69.

*Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis*¹⁹⁹. (grifou-se).

Via de regra, então, o dano remoto não é indenizável, até mesmo porque não parece justo vincular alguém ilimitadamente pelos seus atos ou omissões, quando estes não tem proximidade e necessariedade com o dano²⁰⁰. Excepcionalmente, é possível reconhecer o nexo perante o dano remoto, desde que, como visto, ausentes concausas.

No mais, tem-se que, a despeito do esforço da doutrina em criar teorias que auxiliem na árdua tarefa de se identificar o nexo causal, caberá ao magistrado, no caso concreto, sopesar os elementos apresentados e defini-lo. Não há como se aplicar, de forma automática, uma determinada teoria da causalidade, nem identificar, na própria jurisprudência, orientações unânimes para grupos de casos semelhantes, sendo mais prudente, assim, deixar a solução para depois da avaliação de todos os aspectos presentes na espécie. É como conclui Caio Mário da Silva Pereira, reproduzindo o entendimento de Genéviève Viney: “cabe ao jurista verificar se entre os dois fatos conhecidos (o fato danoso e o próprio dano) existe um vínculo de causalidade suficientemente caracterizado”²⁰¹. Em caso positivo, restará verificado o nexo de causalidade.

1.7.3 A qualidade de agente, na prática do ato, de quem causou o dano

Finalmente, a qualidade de agente público. Primeiramente, é preciso lembrar que o vocábulo “agentes” deve ser entendido da maneira mais ampla possível, englobando funcionários, servidores, agentes políticos e funcionários de pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos, não importando a sua posição hierárquica, se temporários ou não, incluindo-se até mesmo os funcionários de fato²⁰².

Além disso, é sabido que o agente pratica atos como se fosse o próprio Estado, inexistindo bipartição de vontades ou as figuras de

¹⁹⁹ STF, RE 130764/PR, Rel. Min. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/05/1992, DJ 07/08/1992.

²⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 481.

²⁰¹ PEREIRA, 1989, p. 84.

²⁰² Cf. item 1.5.1.2 do presente trabalho.

mandante e mandatário. O Estado não tem vontade própria do ponto de vista fático, sendo a sua vontade perante o mundo jurídico externada por meio da conduta de seus agentes.

Com efeito, o terceiro pressuposto da responsabilidade civil do Estado considera que será indenizável apenas o dano causado por agente público, e desde que a sua qualidade de agente público tenha sido determinante para a atividade lesiva²⁰³. É essencial que o ato ou a omissão tenha sido causada por agente no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las, de modo que, mesmo extrapolando as suas competências, sua conduta deve derivar da condição de agente, pois para a vítima pouco importa o cargo ou se o servidor estava exercendo ou não o seu cargo no momento do dano²⁰⁴.

É o caso, por exemplo, do motorista de um Ministério que utiliza veículo público para fins pessoais, e acaba atropelando fatalmente um pedestre. Nessa hipótese, configura-se a responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que o dano, embora não causado em serviço, decorreu da qualidade de funcionário público, visto que o causador do dano, se não fosse agente, não teria acesso a veículo oficial²⁰⁵.

Feitas as devidas considerações, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sintetiza de maneira bastante didática os elementos necessários para se configurar a responsabilidade objetiva do Estado. Para tanto, exprime a autora que: (a) o ato lesivo deve ter sido praticado por agente de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, excluindo-se as que executem atividade econômica; (b) o dano deve ter sido causado, a usuário ou não usuário, em decorrência da prestação de serviço público; e, (c) o dano deve ter sido causado por agente público, em conceito amplo, e desde que este tenha agido nessa qualidade ao causá-lo²⁰⁶. Faltando um desses requisitos, não há que se falar na responsabilização do poder público, ao menos não na forma objetiva do art. 37, § 6.º, da CF.

1.8 ATENUANTES E EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A adoção da teoria do risco administrativo para a responsabilidade civil do Estado permite a investigação de causas que

²⁰³ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.026-1.028.

²⁰⁴ MEIRELLES, 2014, p. 768-769.

²⁰⁵ CAHALI, 2012, p. 79.

²⁰⁶ DI PIETRO, 2015, p. 792-793.

excluem ou atenuam a responsabilidade pela recomposição de prejuízos. Tais causas agem nonexo causal, rompendo-o ou amenizando-o.

A doutrina apresenta algumas variações a respeito dos tipos de causas obstrutoras da responsabilidade civil estatal, porém é possível dizer que as classificações mais frequentes contemplam como principais causas a força maior e o caso fortuito, o fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro.

1.8.1 A (in)distinção entre força maior e caso fortuito

O Código Civil, mantendo o entendimento do Diploma de 1916, aparentemente não diferencia a força maior e o caso fortuito:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

A jurisprudência, outrossim, também costuma tratá-los da mesma forma²⁰⁷.

Já a doutrina apresenta controvérsia. Parte dela trata tais conceitos com indistinção, considerando-os sinônimos, e alegando o fato de conduzirem ao mesmo resultado: a exclusão da responsabilidade. Aduz-se, para tanto, a falta de “interesse prático” em promover a distinção, já que tais conceitos recebem o mesmo tratamento jurídico. E acredita-se na identidade de efeitos entre caso fortuito, ou fortuito interno, e força maior, defendendo-se que ambos possuem o mesmo efeito prático²⁰⁸.

²⁰⁷ Nesse sentido, colhe-se do STJ: STJ, REsp 1299900/RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 13/03/2015; STJ, AgRg no REsp 1208096/SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 02/02/2011; STJ, REsp 996.056/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 27/05/2009.

E do STF: STF, ARE 894435/DF AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 13/08/2015; STF, MS 25344/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ROBERTO BARROSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 12/11/2014, DJe 09/02/2015; STF, AI 855343/MG AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 04/09/2012; STF, RE 238453/SC, Rel. Min. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2002, DJ 19/12/2002.

²⁰⁸ NORONHA, 2010, p. 659.

Caio Mário da Silva Pereira entende que haverá a referida exclusão de responsabilidade quando o dano não for causado pelo fato do agente, mas em razão de evento que lhe é estranho. Elenca como requisitos para a configuração da força maior ou caso fortuito a necessidade, “pois não é qualquer acontecimento, por mais grave e ponderável, que libera o devedor, porém aquele que leva obrigatoriamente ao ato danoso”; e a inevitabilidade, de modo que “o evento não possa ser impedido nos seus efeitos”. A imprevisibilidade²⁰⁹, para Pereira, não é requisito indispensável, podendo haver casos de evento previsível e inevitável, e que ainda assim exonerará o pretense responsável²¹⁰.

Ressaltando a inevitabilidade, André Rodrigues Corrêa, em tese de doutorado sobre a responsabilidade referente ao transporte de pessoas, faz completo apanhado acerca da posição dos autores em relação à força maior e ao caso fortuito. Nomes como Limongi França, Silvio Rodrigues, Antonio Chaves, Luiz da Cunha Gonçalves e autores penalistas reconhecem a inevitabilidade como elemento fundamental

²⁰⁹ José de Aguiar Dias, também defendendo que as expressões são sinônimas, ressalta que o conceito de força maior e caso fortuito é normativo, e não naturalístico. Isso importa dizer que a imprevisibilidade não deve ser tomada de maneira absoluta, devendo-se averiguar se medidas poderiam ou deveriam ser tomadas até mesmo para inibir – evitar – os danos. É o caso de inundações causadas pelas deficiências de escoamento das vias públicas: a falha do responsável por mantê-las não deve isentá-lo de responsabilidade pelo fato de se tratar de evento da natureza, alheio à sua vontade, já que as chuvas poderiam ocorrer sem dar azo a dano algum. AGUIAR DIAS, 2006, p. 935 e 941. Para tanto, “à medida que se tornam disponíveis novos meios técnicos preventivos, menor se toma o campo de incidência da inevitabilidade”. CAVALIERI FILHO, 2014, p. 90. Nesse sentido, colhe-se de acórdão do STJ no qual, com base no risco administrativo, discutiu-se a responsabilidade do Estado por contaminação com o vírus HIV e HCV (hepatite C), em decorrência de transfusão de sangue. Dano e nexa causal reconhecidos pelo Tribunal de Origem. Não se observa excludente de culpabilidade no caso em análise. Reconhece-se a conduta danosa da Administração Pública ao não tomar as medidas cabíveis para o controle da pandemia. No início da década de 80, já era notícia no mundo científico de que a AIDS poderia ser transmitida pelas transfusões de sangue. O desconhecimento acerca do vírus transmissor (HIV) não exonera o Poder Público de adotar medidas para mitigar os efeitos de uma pandemia ou epidemia. Princípio da Precaução no âmbito do Direito Administrativo”. STJ, REsp 1299900/RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 13/03/2015.

²¹⁰ PEREIRA, 1989, p. 322-324.

para se caracterizar essa excludente, e, conseqüentemente, exonerar o devedor de responsabilidade²¹¹. A inevitabilidade seria, pois, marca indelével da força maior e do caso fortuito, mesmo quando a doutrina decide por diferenciá-los.

Por outro lado, em relação aos autores que entendem válido distinguir os conceitos, percebe-se que não existe consenso na definição de força maior e caso fortuito, havendo posições doutrinárias variadas²¹². A principal delas, para tanto, parece ser a sugerida por Agostinho Alvim, muito bem sintetizada por Caio Mário da Silva Pereira:

Agostinho Alvim, um tanto na linha de Colin e Capitant, vê no *caso fortuito* um impedimento relacionado com a pessoa do devedor enquanto que a *força maior* é um acontecimento externo (*Da Inexecução das Obrigações*, nº 208). Daí extraí conclusões de ordem prática: na *teoria da culpa* o caso fortuito exonera o agente, e com maioria de razão a força maior o absolverá. Para os que se atêm à *doutrina do risco*, o simples caso fortuito não exime o agente. Somente estará liberado este se ocorrer o acontecimento de força maior, ou seja, "o caso fortuito externo". Nesta hipótese, acrescenta ele, os fatos que exoneram vem a ser: culpa da vítima, ordens das autoridades (*fait du prince*), fenômenos naturais (raio, terremoto) ou quaisquer outras impossibilidades de cumprir a obrigação por não ser possível evitar o fato derivado da força externa invencível: guerra, revolução etc. Adverte, entretanto,

²¹¹ CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e Responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. 2008, 591 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 493.

²¹² Como a que entende que "a imprevisibilidade (...) é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a irresistibilidade o é da força maior". CAVALIERI FILHO, 2014, p. 89. Para esta e as demais distinções feitas em doutrina, ver: CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e Responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. 2008, 591 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 474-510; NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3.^a Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 659-662.

Agostinho Alvim que, mesmo nestes casos, é preciso indagar se o fato não é devido a qualquer culpa do autor do dano, ainda que indireta ou remota, como no caso de morte pelo raio" (*Da Inexecução das Obrigações*, nº 208)²¹³.

Desse modo, e com base nos ensinamentos de Jossierand, tem-se que a força maior é força externa, exterior à atividade, enquanto o caso fortuito tem origem interna (fortuito interno), sendo produzido pela própria atividade desempenhada²¹⁴. Entendendo-se o fortuito interno como ausência de culpa, então a sua verificação será válida para obstar apenas a configuração da responsabilidade subjetiva, uma vez que, para se eximir da objetiva, não basta o fortuito interno, demandando-se o elemento exterior.

Com efeito, a parte da doutrina que diferencia os institutos entende que, no que tange à responsabilidade civil do Estado, a diferença é essencial²¹⁵, sendo possível concluir que somente nos casos de força maior se justificaria excluir o dever de indenizar²¹⁶.

É que o fortuito interno, justamente por estar inserido no ato do agente estatal, ou no não ou mau funcionamento da administração, não romperia onexo causal. Ao contrário da força maior, não se sabe ao certo a causa que ensejou o fortuito interno, mas se sabe que esta decorreu de falha da atividade estatal (falha do serviço), independentemente da averiguação de culpa de agente público, subsistindo o dever de indenizar²¹⁷.

Exemplo de fortuito interno seria o rompimento de um cabo elétrico que acaba por causar danos a terceiros. Mesmo se provada a realização de manutenção periódica, não se sabendo ao certo o que ocasionou o rompimento do cabo, o simples fato de o rompimento ter acontecido dá azo ao reconhecimento do nexode causalidade e da responsabilidade, pois atribuível ao Estado. Ademais, não seria justo que o ônus fosse suportado pelas vítimas, o que justifica o reconhecimento da responsabilidade estatal.

²¹³ PEREIRA, 1989, p. 323-324.

²¹⁴ CORRÊA, 2008, p. 494.

²¹⁵ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A Responsabilidade Civil do Juiz*. São Paulo: RT, 2000, p. 81.

²¹⁶ CAHALI, 2012, p. 48.

²¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.043.

1.8.2 Fato exclusivo ou concorrente da vítima e o rompimento do nexo de causalidade

A segunda excludente de ilicitude exime a responsabilidade do Estado quando fato da vítima tiver sido a causa exclusiva do dano, afastando-se a obrigação de indenizar. Na hipótese de a referida causa não ser exclusiva, havendo concorrência de motivo externo, então se tem a causalidade concorrente, e a atenuação da responsabilidade do terceiro^{218 219}.

José de Aguiar Dias, referindo-se inicialmente à excludente como “culpa da vítima”, explica que esta, na realidade, faz alusão “a ato ou fato exclusivo da vítima, pela qual fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso”. A diferença nos termos – culpa e fato –, e a preferência por este último, mais amplo, é fundamental para a adequada aplicação da excludente, como fica claro no exemplo trazido pelo próprio autor:

Não responde, decerto, uma empresa de transportes urbano, pela morte do indivíduo que se atira voluntariamente sob as rodas do ônibus. Aí, é possível menção à culpa da vítima. Suponhamos, entretanto, que esse indivíduo é louco. Não se pode cogitar de culpa do louco. Mas, por isso, responderá a empresa, quando o fato foi de todo estranho à sua realidade? Claro que não²²⁰.

Fala-se em fato da vítima, portanto, pois ele age sobre a causalidade, excluindo-a, e não apenas a culpa. Trata-se de dois elementos diferentes, pois, enquanto a ocorrência ou não do fato diz respeito ao nexo de causalidade, a ocorrência ou não da culpa relaciona-se ao nexo de imputação. Em outras palavras, o primeiro nexo diz respeito à identificação dos fatos que causaram determinados danos, e o segundo à identificação dos responsáveis, objetiva ou subjetivamente, por tais danos. Esses dois elementos, inclusive, são aferidos em

²¹⁸ NORONHA, 2010, p. 649.

²¹⁹ No caso de causalidade ou culpa concorrente, o causador do dano e a vítima deverão suportar os efeitos na proporção de sua contribuição para a ocorrência. PEREIRA, 1989, p. 319.

²²⁰ AGUIAR DIAS, 2006, p. 944.

momentos distintos, devendo-se, primeiro, apurar a causa do dano, para só depois verificar se esse dano pode ser imputado a alguém²²¹.

Em relação à responsabilidade civil do Estado, explica Yussef Said Cahali, falando em “dolo ou culpa grave” do prejudicado, que esta excludente exime a responsabilidade do Estado quando o dano tiver como causa exclusiva a própria vítima, ausente qualquer causa imputável à Administração. A culpa grave e suficiente para o dano, inclusive, exclui a concorrência de culpas, eximindo o poder público de responsabilidade²²².

Com efeito, observa-se o total rompimento do nexo de causa perante o Estado, sendo considerado o agente público mero instrumento do evento danoso, que não teria ocorrido se não fosse o comportamento do próprio lesado. O que se deve provar, portanto, é que o dano foi causado por fato da vítima, e não do Estado, não bastando a este provar que a culpa não é sua.

Há de se observar, todavia, a possibilidade de restar configurada a culpa concorrente do ofendido, o que atenuaria a responsabilidade do poder público, dividindo-a entre ambos, nas devidas proporções²²³. Diante de tal hipótese, o nexo causal não se rompe totalmente, mas é repartido nas proporções das responsabilidades do caso concreto, ou até mesmo equanimemente.

É o caso de sujeito ébrio que, cambaleando, é atropelado por veículo de propriedade do Estado ao tentar atravessar estrada. Em tese, a responsabilidade estatal não é atraída. Se, entretanto, o mesmo veículo estivesse desempenhando velocidade excessiva, dever-se-ia reconhecer a concausalidade do Estado, mitigada justamente pela condição de embriaguez da vítima, também decisiva para o ocorrido²²⁴.

1.8.3 Fato exclusivo ou concorrente de terceiro: dinâmica semelhante à do fato da vítima

Tratando-se do fato de terceiro, a lógica é semelhante à do fato da vítima, pois se observa o rompimento do nexo de causalidade. Compreende, para tanto, o “fato antijurídico praticado por alguém que

²²¹ NORONHA, 2010, p. 663.

²²² CAHALI, 2012, p. 53-55.

²²³ DI PIETRO, 2015, p. 795-796. Maria Sylvania Zanella Di Pietro fala, em sua doutrina, em “culpa da vítima”.

²²⁴ ANNONI, 2003, p. 15-16.

não seja nem o lesado nem a pessoa de cuja possível responsabilização se esteja cogitando”²²⁵.

Considera-se terceiro qualquer pessoa que, não fazendo parte do binômio “agente e vítima”, pratique conduta ativa que influencie na responsabilidade pelo dano²²⁶. Nesses casos, também se admite a responsabilidade concorrente, configurando-se o ato de terceiro como causa atenuante²²⁷.

O fato de terceiro assemelha-se à força maior ou caso fortuito, porém com eles não pode ser confundido. É que o fato de terceiro somente elide a responsabilidade se identificado quem causou o dano. Já na força maior ou caso fortuito, o dano não será causado por terceiro, mas por fato necessário e inevitável. Tanto isso é verdade que, no caso de ser reconhecida a responsabilidade de terceiro, mas no qual mesmo assim foi responsabilizado o agente, este poderá voltar-se contra aquele em ação regressiva. Em se tratando de força maior ou caso fortuito, se forem reconhecidos, o regresso não pode ser realizado, pois não há sujeito imputável. Deve o agente, portanto, suportar a indenização²²⁸.

Assim, embora ambas sejam causas de exoneração, guardam importantes diferenças, que as tornam modalidades independentes de exclusão de causalidade.

1.9 O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO A PARTIR DE DANO DECORRENTE DE ATIVIDADE LÍCITA

O conceito de ilicitude implica a conjugação de dois elementos essenciais: a antijuridicidade, de caráter objetivo, e a culpabilidade, de caráter subjetivo.

Será antijurídico o ato que implicar uma ação ou omissão contrária ao direito, não permitida pelo ordenamento jurídico. E haverá culpabilidade nos casos em que o agente, sabendo ou devendo saber que a sua ação ou omissão contraria um comando jurídico, mesmo assim a realiza ou nela incorre, dolosa ou culposamente.

²²⁵ NORONHA, 2010, p. 649.

²²⁶ PEREIRA, 1989, p. 320.

²²⁷ Em verdade, o fato de terceiro pode atrair responsabilidade ou configurar excludente, pois exclui a responsabilidade por dano de outro justamente por (e para) atribuir a outro a sua causação. PEREIRA, 1989, 319.

²²⁸ PEREIRA, 1989, p. 321-322.

Forma-se o ato ilícito, suscetível de causar danos (nem sempre o causam), quando houver a conjugação entre a antijuridicidade e a culpabilidade. A simples vedação legal (antijuridicidade) não é suficiente para atrair a ilicitude, sendo indispensável a vontade e consciência do agente (culpabilidade) para configurá-la. São, assim, elementos formadores da ilicitude, de modo que, faltando uma delas, não é possível falar-se em ato ilícito²²⁹.

Em contraposição, há os atos lícitos, que também poderão, em alguns casos, atrair responsabilidade civil²³⁰. Irão atraí-la se a ação ou omissão lícita tiver lesado direito de terceiro, ou seja, de pessoas que não influenciaram o evento danoso, mas sofreram as suas consequências²³¹.

Fernando Noronha traz exemplo que ilustra, de maneira esclarecedora, como se relacionam os conceitos de ilicitude, antijuridicidade e culpabilidade:

O ato de matar alguém é sempre ofensivo de direito alheio (o direito à vida), mas nem sempre será antijurídico e ilícito, mesmo que normalmente o seja. Se esse ato for praticado por pessoa imputável e, por isso, passível de juízo de censura, em princípio será antijurídico e ilícito (e neste caso é mesmo tipificado como infração criminal). Se for praticado por pessoa inimputável, não deixará de ser antijurídico, reprovado pelo direito, mas não será ilícito, porque lhe falta o elemento “culpabilidade”; permanecendo antijurídico, continuará gerando obrigação de indenizar, mas como fato jurídico. Mas matar alguém passará a ser ato lícito não só nos casos de guerra e de execução da pena de morte, como também (e aqui bem mais importante) na legítima defesa. Neste último caso, só se poderá falar em antijuridicidade quando acabar sendo morta terceira pessoa, mesmo que o agente não ultrapasse os limites da legítima defesa²³².

²²⁹ NORONHA, 2010, p. 382-392.

²³⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.040.

²³¹ NORONHA, 2010, p. 395-396.

²³² NORONHA, 2010, p. 389.

É o caso, outrossim, de acidente de trânsito no qual o motorista do carro A, surpreendido pela alta velocidade desempenhada pelo motorista do carro B, realiza manobra brusca, invadindo a pista contrária, para evitar ou ao menos minimizar o impacto de eventual colisão, e acaba não só colidindo com o veículo veloz, como também bate e destrói muro de casa situada naquela rua. Em face dos danos sentidos pelo motorista do carro B, não há que se falar em antijuridicidade da conduta do motorista do A, uma vez que, agindo em estado de necessidade, outra não poderia ter sido a sua conduta, senão a violação das regras de trânsito. Não há, em tese, indenização. Porém, diante dos danos causados a terceiro, qual seja o proprietário da casa cujo muro foi atingido, a antijuridicidade confirma-se, bem como a necessidade de reparação, uma vez que seria injusto que pessoa totalmente alheia ao ocorrido arcasse com os seus ônus.

A ideia de dano decorrente de ato lícito também é admitida pela Constituição de 1988 ao tratar da responsabilidade civil do Estado. O Diploma constitucional não estabeleceu diferença de tratamento entre os atos ilícito e lícito, não se podendo inferir, da leitura do art. 37, § 6.º, que adotou a teoria do risco administrativo, que o legislador tenha buscado estabelecer que apenas os danos decorrentes de atos ilícitos devem ser ressarcidos²³³.

Os fundamentos que embasam tais responsabilidades, no entanto, são diferentes, segundo estabelece a doutrina. Entende-se que o dever de reparar o dano decorrente de ato ilícito comissivo justifica-se pela combinação entre os princípios da legalidade e da isonomia, enquanto os prejuízos gerados a partir de ato ilícito omissivo recai na legalidade, exclusivamente²³⁴.

Já quanto aos comportamentos lícitos, objetos de estudo no presente tópico, diz-se que o dever de indenizar deles advindo se justifica pelo princípio da igualdade²³⁵, pois não se pode admitir que alguns suportem, sozinhos, prejuízos decorrentes de atividade promovida no interesse de todos (serviço público)²³⁶.

²³³ LOMONACO, Jose Antonio; MARTORI, Flávia Vanini Martins. Responsabilidade civil do estado por ato lícito. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, vol. 6, jul./2000, p. 139.

²³⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.025.

²³⁵ Ou pelo princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p. 163-165.

²³⁶ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.025.

Os atos lesivos lícitos, outrossim, manifestam a seguinte particularidade: para serem configurados, os danos deles decorrentes exigem dois requisitos a mais que os exigidos pelos danos decorrentes de atos ilícitos.

Como visto no item 1.7.1, são elementos (ou pressupostos) comuns a todos os danos indenizáveis a existência de lesão *a um direito* da vítima, bem como que o dano seja certo, e não eventual, podendo ser atual ou futuro. Para os danos relativos a ato estatal lícito, exigem-se, além disso, outros dois requisitos para que seja devido o seu ressarcimento: a anormalidade da situação fática e a especialidade no que tange às vítimas.

A anormalidade se configura na percepção de que o efeito sentido vai além de meros incômodos inerentes à vida em sociedade. Devem ser relevantes para o direito, ultrapassando os sacrifícios toleráveis em razão do interesse comum, não bastando que apenas firam a subjetividade de suas vítimas.

E a especialidade compreende o fato de que as consequências do comportamento lícito devem ser sentidas por uma pessoa, um grupo de pessoas ou uma comunidade, e não por todos os destinatários da atividade realizada, ou seja, toda a sociedade. Perde-se, aqui, o sentido de universalidade, ganhando-se o de especialidade, justamente porque o dever de ressarcir funda-se na reequiparação dos atingidos face aos não atingidos (princípio da igualdade). O dano decorrente de ato lícito, então, para ser configurado em matéria de responsabilidade civil do Estado, não deve afetar a generalidade dos administrados, impondo-se a reestabilização do *statu quo ante* às pessoas que foram prejudicadas, a fim de equipará-las àquelas que não sofreram quaisquer consequências danosas.

Observadas essas duas características (anormalidade e especialidade), somadas às duas primeiras, comuns aos danos de atividades ilícitas, pode-se dizer que os danos advindos de atividades lícitas também podem ser considerados danos indenizáveis^{237 238}.

²³⁷ ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: RT, 1981, p. 66-67.

²³⁸ José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, adiciona outro elemento essencial para a configuração do ato lícito danoso: que o agente lesante tenha querido causar o dano. Desse modo, o prejuízo advindo de conduta que se encontre em conformidade com a lei só poderia ensejar reparação se o seu causador estivesse certo e consciente da sua ocorrência. CANOTILHO, 1974, p. 79-81.

O STF também admite o reconhecimento da responsabilidade decorrente de atividade lícita, sendo pacífico o seu entendimento no sentido de que os requisitos da responsabilidade estatal não guardam relação com a (i)licitude da atividade danosa²³⁹.

Nos autos do recurso extraordinário n.º 113587, do estado de São Paulo, fica clara a orientação da Corte.

O caso concreto trata de ação indenizatória motivada pela construção, pela Prefeitura do Município de São Paulo, de um viaduto em determinado bairro da cidade. Alega o casal autor da ação, e recorrente no RE, que a obra trouxe poluição ambiental, sonora e visual à sua residência, acarretando a sua desvalorização.

Reformando o acórdão recorrido, o STF assim decidiu:

I. (...) *A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.*

II. Ação de indenização movida por particular contra o Município, em virtude dos prejuízos decorrentes da construção de viaduto. Procedência da ação.

III. R.E. conhecido e provido²⁴⁰. (grifou-se).

Discordando da necessidade de se fazer presente o elemento volitivo, Giovanni Ettore Nanni escreve ser dispensável ou indiferente a intenção de causar o prejuízo quando este decorrer de ato praticado conforme a lei. Para o autor, bastaria que tal ato tivesse sido motivado pelo interesse público, e fosse dotado da anormalidade e especialidade acima referidas, além dos demais requisitos necessários para a reparação. NANNI, Giovanni Ettore. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 105. Na mesma linha, Odete Medauar reconhece que, para a reparação do dano pelo Estado não se faz necessário averiguar a culpa ou o dolo do agente, nem a licitude ou ilicitude de sua conduta, ou questionar o bom ou mau funcionamento da máquina pública, sendo suficiente, comprovado o dano, a prova do nexo de causalidade. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2011, p. 388-389.

²³⁹ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do Estado: À luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. 3.ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 80.

²⁴⁰ STF, RE 113587/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/1992, DJ 03/04/1992.

Desse modo, muito embora a construção do referido viaduto e de viadutos em geral seja ato de licitude incontestável, o Município não se eximiu de indenizar os moradores pela sua construção.

Ora, não há que se pensar que, por estar de acordo com a lei, a empreitada do Estado não poderá ocasionar efeitos deletérios a determinadas pessoas. Nem que tais efeitos, por decorrerem de ato lícito, não devem ser ressarcidos, o que justificaria o reconhecimento de eventual irresponsabilidade estatal.

Pelo contrário. Se a sua construção será importante para desafogar o trânsito da região, beneficiando a coletividade e sendo construída no seu interesse, mas é observado dano a uma parcela da sociedade, a sua compensação aos prejudicados passa a ser medida de justiça, buscando-se equipará-los aos demais. Não é justo que alguns arquem com prejuízos sozinhas enquanto todos os demais apenas desfrutam dos benefícios decorrentes da atividade. Assim, como a vida em sociedade se pauta na isonomia, se a obra feita no interesse de todos prejudica determinado grupo de pessoas, então esse grupo deve ser ressarcido, recebendo indenização para compensar a desigualdade causada perante a coletividade, compartilhando entre todos os ônus, justamente porque o benefício trazido pelo viaduto será também de todos, especialmente dos que circulam na região diariamente. Ademais, deve ser promovida a repartição dos prejuízos mediante o pagamento de indenização, pois o patrimônio do Estado advém de toda a sociedade contribuinte, inclusive dos prejudicados.

Percebe-se da decisão, para tanto, que os dois requisitos especiais exigidos para configurar o dano decorrente de ato lícito estão presentes, uma vez que: a construção causou danos anormais, porquanto atraiu um número maior de veículos para aquela região diariamente e, de conseguinte, ocasionou o aumento da quantidade de ruídos e agressões ao meio ambiente; e os prejuízos foram experimentados apenas por parte dos cidadãos, que são os moradores dos arredores da obra, ainda que apenas dois componham o polo ativo da ação. Nesse caso, resta demonstrada claramente a concomitância dos dois requisitos especiais, pois se trata de vista perenemente comprometida e prejuízos restritos a poucas pessoas.

Logo, percebe-se ampla a aceitabilidade, na doutrina e na jurisprudência, da responsabilidade civil baseada em dano decorrente de atividade estatal lícita, não se restringindo o dever de indenizar – embora comumente se pense o contrário – às causas nas quais se observe ilicitude na atividade do poder público.

1.10 O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO A PARTIR DE DANO DECORRENTE DE ATIVIDADE OMISSIVA (DO ESTADO)

O art. 37, § 6.º, da Constituição de 1988 reconhece a teoria do risco administrativo como regra para a responsabilidade civil do Estado. Para ser configurado o dever de indenizar, basta a prova do dano e o nexo de causalidade perante a atividade estatal, nada importando, para a vítima, a (i)licitude da conduta perpetrada.

Hoje, esta dinâmica mostra-se incontroversa ao se tratar de atos estatais comissivos. Nesses casos, há a responsabilidade pelas próprias características do Estado de Direito²⁴¹, justificando-se a modalidade objetiva e a desnecessidade de se demonstrar culpa ou dolo pela situação jurídica do poder público, que é onipresente e detém o monopólio da força. Sequer importa se se trata de ato ilegítimo ou legítimo, pois tanto o espancamento de presidiário dentro da prisão, quanto o nivelamento de determinada rua que desvaloriza determinado imóvel, ensejam a aplicação do risco administrativo²⁴².

Essa mesma remansidão não se observa nos casos de omissão. A doutrina majoritária²⁴³ sustenta, nesses casos, a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, assim como nos atos comissivos; e outra parte da doutrina entende pela aplicação da responsabilidade subjetiva, contrariando a regra geral da CF de 1988²⁴⁴.

Para a doutrina que defende a incidência da responsabilidade subjetiva²⁴⁵, tal justifica-se pelo fato de que, nos casos de dano

²⁴¹ Cf. item 1.2 do presente trabalho.

²⁴² BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.029-1.031.

²⁴³ DI PIETRO, 2015, p. 798.

²⁴⁴ Danielle Annoni chama atenção para a presença do verbo “causarem” na redação do dispositivo constitucional. Alerta a autora que, ao fazer constar o vocábulo “causar”, a intenção do legislador pode ter sido prever a responsabilidade objetiva do Estado apenas para os casos de condutas danosas comissivas, que importem uma ação, um ato positivo do agente público. As omissões estatais, por serem condutas negativas, não seriam albergadas pela teoria do risco, sendo resolvidas eventuais reparações pela regra geral de responsabilidade prevista no art. 186 do Código Civil, que exige a prova da culpa ou do dolo do causador do dano. ANNONI, 2003, p. 42.

²⁴⁵ Representada por: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31.ª Ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1.031-1.036; DI PIETRO, Maria

decorrente de ato omissivo, o Estado não é autor do referido dano, não tendo dado causa à sua ocorrência, que adveio, possivelmente, de fato da natureza ou de terceiro²⁴⁶.

Sua responsabilidade apenas se verificaria quando, obrigado por lei a impedir a ocorrência de determinado dano, omite-se totalmente ou sua conduta é insuficiente. Ou seja, quando, devendo agir, não agiu ou não agiu de forma suficiente para evitar o dano, tendo sido negligente, ou até mesmo imprudente ou imperito, incorrendo em omissão antijurídica. A omissão, portanto, não é *causa*, mas *condição* do dano, uma vez que, se tivesse havido a conduta que o Estado estava obrigado a desempenhar, o dano poderia ter sido evitado²⁴⁷.

Para ilustrar a diferença entre causa e condição, veja-se o caso hipotético, por exemplo, de uma grande enchente que acometeu determinada cidade, causando danos à população, e que poderia ter sido evitada se o poder público tivesse dado manutenção adequada aos bueiros das ruas, que se encontravam entupidos naquele dia. A omissão do Estado, de não realizar a limpeza dos bueiros – o que deveria ter sido realizado –, foi condição essencial para a enchente, mas não pode ser considerada a sua causa, que foram as fortes chuvas ocorridas no local. De fato, a enchente não aconteceria se os bueiros estivessem vazios, dando vazão à água; contudo, a verdadeira causa consiste nas chuvas ocorridas, sem as quais seria inútil discutir os cuidados em relação aos bueiros.

Não basta a omissão, todavia, para automaticamente se ter a responsabilidade. Nos casos em que, se o Estado tivesse agido, a sua ação não poderia modificar o resultado danoso, então não se pode puni-lo por abster-se de qualquer medida. Deve-se verificar, dentro de um padrão fático de razoabilidade²⁴⁸, a possibilidade de agir, devendo o ato não só ser exigível do poder público, como também ter potencial de evitar o dano²⁴⁹.

Outra situação diz respeito à hipótese na qual o Estado, tendo atuado, e desde que de maneira compatível com o que se espera de um serviço público, mesmo assim não consegue evitar o dano. É o caso, por exemplo, de ter ocorrido enchente mesmo estando limpos os bueiros,

Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015, p. 797-800.

²⁴⁶ DI PIETRO, 2015, p. 798.

²⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.031-1.032.

²⁴⁸ Princípio da reserva do possível. DI PIETRO, 2015, p. 798.

²⁴⁹ DI PIETRO, 2015, p. 798.

justificando-se os danos apenas pelo volume excepcional de chuvas. Aqui, houve apenas participação das forças da natureza no evento danoso, isentando-se o Estado, pois ausente o elemento subjetivo a macular a conduta. Em razão disso, fica o ressarcimento a cargo do agente responsável por ter dado causa ao dano, quando for possível se falar em agente imputável²⁵⁰.

Assim:

Em síntese: se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo.²⁵¹

Em outras palavras: para essa corrente, por não haver dano *causado* pelo Estado, mas meramente *ensejado* por omissão sua, então a responsabilidade deve ser obrigatoriamente subjetiva, baseada no dolo ou na culpa (negligência, imprudência ou imperícia), envolvendo sempre um comportamento ilícito (antijurídico e doloso ou culposo).

A omissão, ademais, apenas poderá ser reputada ilícita, e atrair o dever de reparar, se o Estado detiver dever legal de atuação para impedir tal acontecimento. Se fosse responsabilizado mesmo quando não houvesse o dever, criar-se-iam situações extremas, nas quais o Estado seria condenado injustamente, como se fosse um verdadeiro “segurador universal”^{252 253}. Desse modo, se possuir tal dever, ao desobedecê-lo (abstrair-se), incorre em ilícito, seja por não ter atuado ou por ter atuado insuficientemente, presumindo-se a sua culpa.

Presume-se a culpa do Estado, para tanto, porque seria inviável ao administrado a prova da falha do serviço, referente ao serviço que não funcionou, funcionou mal ou funcionou tardiamente. Para se provar

²⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.032-1.033.

²⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.032.

²⁵² BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.033.

²⁵³ Odoné Serrano Júnior, a respeito, escreve que a omissão só é relevante para o direito quando importar na inobservância de um dever de agir. SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 171. Do contrário, caso não fosse exigida tal obrigação legal, o Estado, em razão de seu tamanho e onipresença, poderia ser considerado omisso e responsabilizado por praticamente todos os danos reclamados na vida civil, situação esta que, por óbvio, não se sustentaria.

que, por culpa ou dolo, houve a falha, ele deveria ter conhecimento do funcionamento interno do referido serviço público, o que torna a prova impossível.

Como solução, o ônus de provar é invertido, cabendo ao Estado desconstruir a presunção em contrário. Veja-se que, com a culpa presumida, não se tem a volta à responsabilidade objetiva, pois, em havendo prova produzida pelo poder público, suficiente para isentá-lo de culpa, então se elide a sua responsabilidade. Assim, a prova de que não há culpa isenta o Estado; e a modalidade de responsabilidade à qual importam as características da culpa é justamente a responsabilidade subjetiva, e não a objetiva²⁵⁴.

Em conclusão, pode-se dizer que, enquanto a responsabilidade decorrente de atividade comissiva do Estado, por ser objetiva, importa-se com a vítima, reputando indiferentes a culpa ou dolo do causador do dano, a responsabilidade configurada a partir de atividade omissiva, de acordo com essa parte da doutrina, por envolver a culpa anônima da administração (responsabilidade subjetiva), importa-se com o Estado, sendo necessário analisar a sua posição diante do dano que tinha o dever legal de impedir²⁵⁵.

Em contrapartida ao entendimento de que o Estado deve responder objetivamente na comissão e subjetivamente na omissão, a maior parte da doutrina entende possível reconhecer situações nas quais condutas omissivas atraem a responsabilização objetiva, resolvendo-se todas pela teoria do risco administrativo²⁵⁶.

²⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.035-1.036.

²⁵⁵ Sobre os enfoques privilegiados em cada uma das modalidades de responsabilidade, Roberto Paulino de Albuquerque Júnior, tratando da responsabilidade civil geral, e não especificamente da estatal, e do deslocamento da responsabilidade subjetiva para a objetiva, escreve o seguinte: “o foco do sistema é alterado e passa a ser o da proteção prioritária da vítima, descolando-se da tutela dos interesses do ofensor”. Em seguida, problematiza a questão, o que ora se reproduz a título meramente exemplificativo: “esse modelo não ficou imune a críticas, que vieram na forma de identificação das contradições da teoria contemporânea da responsabilidade civil e de discurso baseado em pressupostos cada vez mais instáveis e merecedores de pouca confiança em função de sua imprecisão na técnica decisória dos tribunais”. ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2016, p. 90.

²⁵⁶ Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41.^a Ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 02.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 769-770; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. 3, tomo III. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 172;

Nesse sentido, seria necessário perscrutar se a atividade do Estado é causa do dano. Se for, então a responsabilidade é objetiva, independentemente de se tratar de comissão ou omissão. Se não for, então a questão recai sobre onexo causal, o qual, por ser inexistente, mina qualquer possibilidade de se reconhecer a responsabilização, em qualquer modalidade²⁵⁷.

A responsabilidade objetiva por conduta omissiva também se manifesta nas hipóteses em que o Estado tem o dever legal de assegurar a integridade de pessoas ou coisas que estejam a ele vinculadas por alguma condição específica. Assim, ainda que não tenha, nem os seus agentes, ocasionado os danos a tais pessoas ou coisas, responderá o poder público pelos mesmos. Isso se justifica, porque, ao permitir que o evento danoso ocorresse, embora não o tenha cometido, o Estado incorreu em uma “omissão específica”²⁵⁸, sobre a qual incidirá o mesmo tratamento dado às condutas comissivas, que é baseado na teoria do risco.

A par das divergências que incidem sobre a conduta omissiva, Celso Antônio Bandeira de Mello, que é defensor da responsabilidade subjetiva nos casos de omissão e objetiva nos de comissão, reconhece a existência de hipóteses de omissão resolvidas pela teoria do risco

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4. ed. rev., atual. e ampl.: Revista dos Tribunais, 2012, p. 33; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 297; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 381; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 182.

²⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Temas de Direito Civil*. T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 105.

²⁵⁸ Guilherme Couto de Castro propõe a existência de duas modalidades de omissão, genérica e específica, sobre as quais incidem regimes diferentes de responsabilidade. Explica que, de um lado, as omissões genéricas correspondem àquelas cujos danos decorrem de fatos da natureza, e que, nesses casos, deve ser provada a omissão culposa, que fez com que o Estado não atuasse para impedir o evento danoso. Aqui, a responsabilidade é subjetiva, com fulcro na teoria da culpa administrativa.

Já ao tratar de omissões específicas, diz o autor que não é necessário averiguar a falha do serviço. Nesses casos, o dever de agir não cumprido pelo Estado, e que caracterizou a omissão, era específico, individualizado, tendo a sua inação consequências para destinatários específicos. Logo, trata-se de responsabilidade objetiva. CASTRO, Guilherme Couto e. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 2.^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 57.

administrativo. No entanto, para resolvê-las, retira o enfoque que recai sobre a conduta omissiva, justificando que, na verdade, há uma conduta comissiva anterior do Estado que justificaria a aplicação da regra do art. 37, § 6.º, da CF. Trata-se dos “danos dependentes de situação apenas propiciada pelo Estado”.

Com efeito, tendo em mente que a responsabilidade por omissão pressupõe uma ação danosa não causada pelo Estado, explica o autor que há casos nos quais a ação não estatal que causa o dano foi originada a partir de um ato comissivo do poder público. Ou seja, o Estado não é o causador direto do dano, pois a atividade que gerou o dano não foi tomada pelo ente ou por agente público. Todavia, a atividade danosa só ocorreu em virtude de ato positivo do Estado (comissão), podendo-se dizer que, indiretamente, ele foi o causador do dano – o Estado propiciou a ocorrência do prejuízo²⁵⁹. O que se tem, na verdade, é um ato estatal comissivo e, após, uma omissão do Estado no seu dever de vigilância e cuidado sobre a ação alheia que causou o dano.

Frente às considerações feitas até aqui, verifica-se que a definição da modalidade de responsabilidade que incide sobre a conduta omissiva é ponto controverso na doutrina. Diante disso, e como a lei não fala nos casos de conduta omissiva expressamente, cabe analisar a forma que o tema vem sendo tratado na jurisprudência.

Há decisões nas Cortes superiores entendendo pela ausência de diferença entre o tratamento dado às condutas comissivas e omissivas, incidindo a responsabilidade objetiva, com base na teoria do risco, bem como decisões pelo reconhecimento da necessidade de se provar, além do dano e do nexu causal, a culpa administrativa, em conformidade com a teoria da *faute du service*.

É possível notar, para tanto, que a tendência dos julgados recentes não é mais considerar objetiva a responsabilidade do Estado pelas omissões, predominando o entendimento pela subjetiva. Nada obstante, a questão definitivamente não é pacífica²⁶⁰, a não ser em uma ou outra situação fática específica²⁶¹.

²⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 1.036-1.038.

²⁶⁰ BRAGA NETTO, 2015, p. 188-189.

²⁶¹ Como nos casos de morte de preso sob custódia do Estado, seja por suicídio ou em rebelião (STJ, REsp 847.687/GO, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 25/06/2007; STJ, REsp 1.022.798/ES, Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJ 28/11/2008).

Reconhecendo a responsabilidade objetiva pela omissão estatal, o STF já decidiu, em caso no qual candidata aprovada em concurso público para o cargo de juiz federal foi preterida pela nomeação de candidatos de classificação inferior, pela condenação da União ao pagamento de indenização desde a data em que a sua nomeação deveria ter ocorrido, reparando os danos por não ter assumido o cargo. Assim fundamentou, no corpo do acórdão:

É curial que a estrutura da responsabilidade objetiva do Estado pelos prejuízos a que seus agentes possam dar causa supõe que haja dano, o nexo de causalidade entre o *eventus damni* e o comportamento omissivo ou negativo da administração e, por fim, que a atividade lesiva seja imputável a agente público²⁶².

Também decidindo pela responsabilidade objetiva, destacam-se julgados que tratam de danos causados: em decorrência de crimes cometidos por presos foragidos²⁶³; por invasores de propriedades particulares quando havia decisão judicial não cumprida ordenando o envio de força policial para o local²⁶⁴; pela contaminação pelo vírus HIV de hemofílicos em hospital público²⁶⁵; no caso de afogamento em parque municipal sem sinalização e informações de profundidade da água²⁶⁶.

Já nas decisões mais recentes, principalmente do STJ, percebe-se uma maior concentração de casos decididos pela responsabilidade subjetiva. Um julgado de 2013, decorrente de pedido de servidor para ser indenizado por período que trabalhou para além de sua aposentadoria, alegando que isso se deveu à análise tardia do seu pedido

²⁶² STF, RE 188.093/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, SEGUNDA TURMA, julgado em 31/08/1999, DJ 08/10/1999.

²⁶³ STF, RE 130.764/PR, Rel. Min. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/05/1992, DJ 07/08/1992.

²⁶⁴ STF, RE 283.989/PR, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/05/2002, DJ 13/09/2002.

²⁶⁵ STF, RE 363.999-AgR/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2003, DJ 25/04/2003.

²⁶⁶ STF, RE 238.453/SC, Rel. Min. MOREIRA ALVES, julgado em 12/11/2002, DJ 19/12/2002. Nesse último caso, em particular, tem-se que, caso se decidisse pela responsabilidade subjetiva, esta também estaria caracterizada, já que houve falha no serviço que não funcionou adequadamente (não sinalizou o local). BRAGA NETTO, 2015, p. 186.

administrativo pelo Estado, reconhece a prevalência da responsabilidade com culpa. Consta da ementa que: “a jurisprudência, tanto a do STF como a do STJ, é firme no sentido de que se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva nos casos de ato omissivo estatal”. No corpo do acórdão, há mais detalhes:

Há que se destacar que a responsabilidade por falha do serviço público ou quando este funciona deficientemente é subjetiva. Assim, o comportamento omissivo do Poder Público enseja responsabilidade subjetiva, não configurando a responsabilidade objetiva de que dispõe o artigo 37, § 6º da Constituição Federal.

No caso, em se tratando de ato omissivo, decorrente da demora, por período que o autor reputou excessivo para a apreciação do pedido de aposentação, a responsabilidade é subjetiva, de forma que a administração pública somente poderia responder se tivesse agido com dolo ou culpa²⁶⁷.

Como se vê, a prova da culpa, embora não tenha ocorrido no caso concreto, supôs-se pelo funcionamento tardio do serviço, não se perquirindo, visto que desnecessária, sobre qualquer responsabilidade de agente público.

Outros casos de omissão foram decididos sob o fundamento da responsabilidade subjetiva, tais como nos casos em que: o Estado não removeu em tempo hábil entulho acumulado em beira de estrada, de modo a evitar que casa situada à margem da estrada não fosse atingida por entulhos²⁶⁸; a União não fiscalizou atividades concernentes à extração mineral²⁶⁹; o Estado não fiscalizou e houve falhas que levaram ao rompimento de barragem²⁷⁰.

Tratando a responsabilidade subjetiva como regra geral, o STJ reconhece a existência de duas exceções a essa regra: a primeira quando

²⁶⁷ STJ, AgRg no AREsp 243.494/PR, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJ 19/02/2013.

²⁶⁸ STJ, REsp 721.439/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 31/08/2007.

²⁶⁹ STJ, REsp 647.493/SC, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2007, DJ 22/10/2007.

²⁷⁰ STF, RE 695887-AgR/PB, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJ 24/09/2012.

houver previsão expressa pela responsabilidade objetiva em lei específica, e a segunda quando as circunstâncias fáticas implicarem o reconhecimento de um dever estatal mais rigoroso, que vincule mais diretamente a conduta omissiva ao dano²⁷¹, no que parece ter sido reconhecida a definição doutrinária de omissão específica.

Aparte da discussão sobre o tipo de responsabilidade que incide sobre determinada omissão, deve-se ter muito claro que, como já foi dito, não é qualquer omissão que faz surgir o dever de indenizar do Estado.

Felipe Peixoto Braga Netto traz exemplo bem ilustrativo do que se busca dizer. Para o autor, a hipótese de quatro indivíduos espancarem alguém até a morte em um beco escuro não configura a responsabilidade do Estado, pois este não pode ser considerado um segurador universal de todos os crimes e acontecimentos. Ao contrário, caso esse mesmo linchamento ocorresse diante de um posto policial, e os policiais, assistindo ao acontecimento, nada fizessem para impedi-lo, então a responsabilidade deveria ser reconhecida. Percebe-se que há uma gradação na omissão estatal, tratando-se, no primeiro caso, de uma omissão genérica, e, no segundo, específica.

A diferença reside no fato de que a omissão específica é muito mais marcante, palpável, real e vinculada ao resultado danoso. Os policiais deveriam ter agido, pois o fato estava acontecendo na sua frente. Na omissão genérica, embora se reconheça que cabe ao Estado resguardar a segurança dos seus cidadãos, não há uma situação de flagrante omissão, de clara e real inatividade. Não é, nesse caso, tão evidente que o fato de nenhum dos agentes públicos ter intervindo guarda ligação forte e direta com o dano, suficiente o bastante para atrair o dever indenizatório.

Percebe-se, neste ponto, que os conceitos de omissão genérica e específica trazidos por Braga Netto são ligeiramente distintos das definições propostas por Castro, presentes na nota de rodapé n.º 258. Lá, a omissão genérica atrairia a responsabilidade subjetiva e a específica a objetiva; aqui, a genérica não atrai o dever de indenizar, e a específica sim, sem deixar claro qual a modalidade de responsabilidade incidente, muito embora seja possível presumir, pela ênfase dada ao nexo de causalidade, sem mencionar a culpa, que incide a objetiva, mormente nos casos mais evidentes. Assim, traçando-se uma ligação entre os dois autores, pode-se perceber que, quanto mais genérica for a omissão – ou

²⁷¹ STJ, REsp 1236863/ES, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJ 27/02/2012.

seja, quanto menos flagrante a influência direta da omissão do agente –, mais difícil será reconhecer a responsabilidade, ao passo que, quanto mais específica a omissão, mais fácil de reconhecê-la. As modalidades objetiva e subjetiva estariam, para tanto, em uma situação de hierarquia, na qual a objetiva seria reconhecida naqueles casos de flagrante reconhecimento da influência da omissão, e a subjetiva ficaria reservada a casos em que fosse menos evidente a ligação, porém não o suficiente para afastar a responsabilização. Essa gradação, enfim, justifica-se, porque a responsabilidade objetiva é de fato mais fácil de ser reconhecida, porquanto a subjetiva exige a prova de um requisito a mais, a culpa administrativa, e não apenas o dano e o nexo causal²⁷².

Dito isso, tem-se que a necessidade de se verificar a relevância jurídica da omissão estatal é ponto fundamental para a análise de casos concretos. Inclusive, sempre haverá discussão sobre o que pode ou não ser considerado causa do evento danoso, devendo-se levar em conta os demais elementos da situação prática para decidi-la. Os elementos do caso concreto, para tanto, são fundamentais para se aferir a responsabilidade estatal.

Traçadas as características referentes às condutas omissivas, bem como firmadas as bases sobre a responsabilidade civil do Estado em geral, é possível passar ao estudo da responsabilidade em relação a aspecto específico de sua incidência: a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais.

²⁷² BRAGA NETTO, 2015, p. 190-192.

2 ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS: A FUNÇÃO JURISDICIONAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL PESSOAL DO JUIZ

2.1 A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO

A Constituição de 1988 consagrou a teoria da separação de poderes, prevendo, em seu art. 2.º, que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A divisão de poderes compreende cláusula pétreia, princípio fundamental estabelecido para organizar o exercício das funções do Estado. Sua operacionalização promove-se mediante a criação de órgãos especializados²⁷³, e serve para afastar a concentração do poder estatal em um órgão ou pessoa, garantindo a liberdade dos administrados e evitando a institucionalização de arbitrariedades.

Aduz-se que, relacionando os elementos do Estado²⁷⁴, a criação de órgãos se faz necessária em razão do vínculo jurídico. O controle do povo de determinado território é possível em virtude dessa organização fragmentada, que permite a atuação de órgãos independentes e autônomos²⁷⁵. Entretanto, tais órgãos não são soberanos, pois a soberania é própria do Estado, não recaindo sequer sobre cada um dos Três Poderes.

Os Poderes possuem funções típicas próprias, essenciais à manutenção do Estado.

Ao Poder Legislativo, cabe a edição de leis, a elaboração do direito positivo; ao Executivo, a sua execução, pela gestão e desenvolvimento das atividades públicas; e ao Judiciário, a sua aplicação aos casos concretos, tutelando-se direitos e compondo-se conflitos. A função típica reservada ao Poder Judiciário – de dizer o Direito – compreende a função jurisdicional, exercida por Tribunais e juízes com competências próprias (materiais, funcionais e territoriais), constitucionalmente previstas.

Antes de se analisar detidamente a função jurisdicional, objeto desta segunda parte do estudo, deve-se dizer que as funções exercidas

²⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 73.

²⁷⁴ Povo, território e vínculo jurídico.

²⁷⁵ DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Antônio José Brandão. Vol. II. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1972, p. 91.

pelos Poderes não são absolutas. Inevitavelmente, o Poder Judiciário desempenha funções legislativas ou executivas (administrativas), e os outros Poderes tangenciam atribuições que não lhes são intrínsecas. As funções atípicas de cada Poder servem para harmonizar a sua coexistência, viabilizando o bom funcionamento da máquina estatal.

Da mesma forma, a independência dos Poderes prevista no art. 2.º da Constituição pode ser relativizada. A CF admite interferências de um Poder em outro, de modo que cada um possa exercer, reciprocamente, em casos específicos, controle limitado das atividades dos outros dois. Esse sistema, chamado de freios e contrapesos (*checks and balances*), é indispensável para a consecução dos objetivos republicanos, sobretudo o bem coletivo, como também para conter abusos e iniquidades de um Poder face à sociedade²⁷⁶.

Com efeito, ao Poder Judiciário, integrante da estrutura do Estado, cabe a função essencial de dizer o direito (processo de conhecimento) e de realizá-lo coativamente (processo de execução)²⁷⁷. A função jurisdicional – outorgada pelo povo ao Estado, conforme o art. 1.º, parágrafo único, da CF (“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”) – é monopólio do Poder Judiciário.

Um dos pontos mais tormentosos do processo civil, no entanto, reside justamente em identificar o conceito mais adequado de jurisdição, podendo-se recorrer às definições de Chiovenda (“A jurisdição caracteriza-se pela substituição da atividade privada pela do Juiz”), Carnelutti (“A j. é a justa composição da lide”), Couture (“A j. tem por objeto dirimir conflitos mediante decisões com autoridade de coisa julgada”) e Galeno Lacerda (“A j. consiste no julgamento de questões controvertidas”) para elucubrã-la²⁷⁸.

A definição mais bem aceita pela doutrina processualística é a de Giuseppe Chiovenda. Segundo o autor, a jurisdição presta-se a dirimir conflitos de interesse entre particulares ou órgãos públicos, *substituindo-se* os envolvidos para aplicar a vontade concreta da lei²⁷⁹.

²⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 110.

²⁷⁷ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 160.

²⁷⁸ AGUIAR JÚNIOR, 2001, p. 173.

²⁷⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil* [Istituzioni di Diritto Processuale Civile]. Trad. Brasileira J. Guimarães Menegale. Notas por Enrico Tullio Liebman. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 65.

A partir da ideia de substituição trazida pelo clássico autor italiano, entende-se jurisdição como a maneira de, por juiz imparcial, resolverem-se conflitos e estabelecer-se a pacificação social, sempre mediante a instauração de um processo²⁸⁰. Consiste na aplicação, de forma imperativa, da lei objetiva sobre situação fática controversa, estando relacionada à prestação jurisdicional e a um poder-dever do Estado de regular as condutas sociais²⁸¹.

A função jurisdicional, como alternativa à autotutela, marca-se pela existência de pretensão resistida, ou seja, de litígio e controvérsia. Francesco Carnelutti acreditava que somente haveria exercício de jurisdição quando houvesse lide a ser resolvida através da substituição das partes pelo Estado, sendo os casos de *jurisdição* voluntária resolvidos na seara administrativa. No entanto, acabou por mudar seu entendimento, contemplando como jurisdição tudo aquilo que seja atribuição dos magistrados, haja lide ou não²⁸². Nesse sentido, no Brasil, Cintra, Grinover e Dinamarco entendem que, mesmo nos casos de *jurisdição* voluntária, por haver incerteza a ser solucionada pelo poder público, há margem para considerá-los atividade jurisdicional, não perfazendo a litigiosidade condição *sine qua non* para a sua configuração²⁸³.

Outro ponto que merece destaque é a inércia que marca o exercício da função jurisdicional. O Estado somente pode atuar na resolução de conflitos se provocado pelas partes, e nunca de ofício, nos termos do art. 2.º do Código de Processo Civil (“Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”). Uma vez provocado, fica vinculado à apresentação de resposta ou de decisão, pois inafastável o seu múnus jurisdicional, nos termos do art. 5.º, inc. XXXV, da CF, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Os atos praticados em decorrência da atuação jurisdicional, por fim, são os únicos que podem ser dotados de definitividade. Em

²⁸⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28.ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 155.

²⁸¹ ANNONI, 2003, p. 62-63.

²⁸² CARNELUTTI, Francesco. *Instituzioni del processo civile Italiano*. 5.ª Ed. Roma: Soc. Ed. Del “Foro Romano”, 1956, p. 148. Comungam do mesmo entendimento de Carnelutti: Humberto Theodoro Júnior, José de Albuquerque da Rocha, Ovídio Baptista da Silva e Fernando Noronha.

²⁸³ CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2012, p. 179-182.

situações determinadas, uma vez confirmada a formação da coisa julgada material, tem-se que a decisão (ato jurisdicional) não mais poderá ser modificada, o que não ocorre com os demais atos do poder público, revisáveis a qualquer tempo, como os atos administrativos.

A jurisdição, assim, é a função, atribuída ao Poder Judiciário, de dizer o Direito nos litígios em que este for instado a se manifestar. Resta saber se o exercício desse dever pode trazer implicações de ordem patrimonial (indenizatória) ao Estado, ou até mesmo ao agente público (juiz), quando ensejar dano a terceiro. A responsabilidade civil do Estado-juiz será objeto de estudo em tópicos posteriores.

2.1.1 Função e atos judiciais e jurisdicionais: gênero e espécie

Joel Dias Figueira Júnior critica o uso da palavra “atos” no *caput* do art. 162 do CPC, sugerindo a sua substituição pelo vocábulo “pronunciamentos”. Alega que a redação – “Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos” – induz a pensar que as decisões (sentença e decisões interlocutórias)²⁸⁴ são os únicos atos realizáveis pelo juiz, o que seguramente não é verdade²⁸⁵.

Os magistrados também exercem funções administrativas, essenciais ao funcionamento do Poder Judiciário, sendo que tais funções também podem ensejar responsabilidade. A doutrina, para tanto, diferencia a função jurisdicional da função judicial do Estado, aduzindo que: esta é gênero e aquela espécie²⁸⁶.

A função judicial compreende toda e qualquer atividade exercida pelo Poder Judiciário, sejam as típicas (jurisdicionais) ou as atípicas (administrativas). Enquanto a função jurisdicional é desempenhada necessariamente por juízes – a famigerada função de se dizer o

²⁸⁴ Segundo Oreste Nestor de Souza Laspro, muito embora a ideia de erro judiciário seja mais bem absorvida ao se pensar no dano causado por sentença, tem-se que a outra modalidade de decisão do art. 162 do CPC, as decisões interlocutórias, também pode, autonomamente, ser alvo do erro. Os despachos, no entanto, por serem meros atos, carecendo de fundo decisório, não podem ensejar gravame passível de ressarcimento. LASPRO, 2000, p. 218-219.

²⁸⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-juiz: Estado e juízes constitucionalmente responsáveis*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 45-53.

²⁸⁶ NANNI, 1999, p. 46. No mesmo sentido: CAHALI, 2012, p. 472-473.

Direito²⁸⁷ –, o exercício das funções administrativas não está restrito aos magistrados, podendo ser realizado por agente público agindo nessa qualidade, como membros do Ministério Público ou serventuários²⁸⁸.

Assim, tanto os atos judiciais (gênero) ou jurisdicionais podem lesar direito de terceiros, atraindo a responsabilização do Estado e o direito de regresso em casos específicos. Não há, pois, óbice à atração da responsabilidade estatal a partir de atos judiciais não jurisdicionais, porquanto se trata de atos administrativos, de modo que recebem tratamento de atos administrativos, subjugados à disciplina legal. E também não há óbice quando se falar de atos judiciais jurisdicionais, muito embora a jurisprudência seja tímida no reconhecimento da responsabilidade estatal nesses casos²⁸⁹.

2.2 FUNDAMENTOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO-JUIZ A PARTIR DA DESCONSTRUÇÃO DAS TESES DA SUA IRRESPONSABILIDADE

A força da corrente doutrinária e jurisprudencial que advoga pela irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais sustenta-se em algumas teses. A análise delas, bem como a sua desconstrução, é importante para auxiliar na compreensão da mudança de abordagem que vem se desenhando no mundo contemporâneo, a qual tem consolidado o reconhecimento da responsabilidade do poder público por atos do Judiciário. Como será possível perceber, essas teses, na verdade, podem ajudar a corroborar a responsabilidade.

De acordo com as classificações mais reproduzidas pela doutrina, as principais teses (argumentos) utilizadas para justificar a irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicional, ressalvadas as exceções em favor do reconhecimento da responsabilidade previstas em lei, compreendem: a soberania do Poder Judiciário, a independência dos juízes, a sua falibilidade e a incontestabilidade da coisa julgada.

De se ressaltar que um quinto argumento, um pouco menos comum na doutrina, e de aplicabilidade questionável atualmente, compreende a ausência de texto legal expresso prevendo a

²⁸⁷ Na prática, para fins de responsabilidade civil do Estado, considera-se atividade jurisdicional a atividade do depositário e do oficial de justiça. FIGUEIRA JÚNIOR, 1995, p. 53.

²⁸⁸ A concessão de férias a um servidor, por exemplo, enquadra-se nesse grupo de funções menos óbvias desse Poder.

²⁸⁹ DI PIETRO, 2014, p. 807.

responsabilidade. Tal tese era bastante utilizada como fundamento da irresponsabilidade, porém perdeu força nas últimas décadas. A máxima dos Tribunais franceses “*il n’y a pas de responsabilité sans texte*”, que embasa o argumento, foi abandonada, mostrando-se anacrônica²⁹⁰.

A Constituição de 1988 influenciou diretamente esse enfraquecimento no Brasil. Sob a regência desse diploma, seja pela regra geral de responsabilidade civil do Estado do art. 37, § 6.º, seja, sobretudo, pela regra específica de responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional do art. 5.º, inc. LXXV, essa discussão tornou-se de certo modo inócua.

Diante disso, a tese de que não há texto legal prevendo a responsabilidade do Estado, o que justificaria a sua irresponsabilidade, não se ampara em fundamento minimamente aceitável para ser mantida. A responsabilidade do Estado-Juiz é, hoje, incontroversamente, uma realidade, ainda que suscite diferentes posicionamentos e amplitudes na doutrina e jurisprudência²⁹¹.

2.2.1 A soberania do Poder Judiciário e a soberania do Estado

A irresponsabilidade do Estado por danos ocasionados por atos dos magistrados é, por muitos, justificada pela soberania do Poder Judiciário. Soberania, no célebre conceito de Jean Bodin²⁹², deve ser entendida como o poder absoluto e perpétuo que não sofre limitação de nenhuma outra manifestação de força.

O Judiciário, então, seria soberano em virtude do monopólio que detém sobre a função jurisdicional, detendo poder supremo frente ao múnus de dizer o direito e à coerção na aplicação das leis. De acordo com José de Aguiar Dias, justificar-se-ia a irresponsabilidade como

²⁹⁰ SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 145.

²⁹¹ Se os argumentos para rechaçar a presente tese não bastarem mesmo com a elevação da responsabilidade a princípio constitucional específico (art. 5.º, inc. LXXV) e com a sua ampla previsão na legislação, ainda assim se poderia suscitar o fato de que o julgador não pode usar a ausência de texto legal como fundamento para a formação do seu livre convencimento. O art. 126 do CPC, seguindo a orientação do art. 4.º da LINDB, estatui, categoricamente, que: “Art. 126, CPC. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

²⁹² BODIN, Jean. *Os seis livros da República*: Livro primeiro. 1.ª Ed. São Paulo: Ícone Editora, 2011.

regal geral, sobretudo pelo argumento de que os atos jurisdicionais emanam da soberania do Judiciário, sendo esse conceito “incompatível com a noção de responsabilidade”^{293 294}.

Tal supremacia serviria para justificar a blindagem total do Estado em face de eventuais prejuízos causados por erros ou pela má prestação jurisdicional, fazendo-se presumir que todos os atos por ele praticados estariam corretos. Essa presunção decorreria do fato de que tais atos foram produzidos justamente pelo legítimo detentor dessa situação jurídica privilegiada, o Estado, na figura dos magistrados integrantes do Judiciário.

Esse argumento, todavia, é inexitoso para amparar a manutenção do entendimento pela imunidade estatal, não encontrando suporte na doutrina atual, nem havendo maiores dificuldades em afastar a sua incidência, sendo possível reconhecer seu caráter meramente histórico.

Com efeito, alega-se que a soberania é característica própria do Estado, enquanto unidade, e não das funções a ele atribuídas individualmente. Soberano é o Estado como um todo, e não o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário, aos quais cabe exclusivamente exercer parcelas da soberania estatal, respeitados os limites constitucionais atribuídos às respectivas funções²⁹⁵.

Associar o poder soberano ao Poder Judiciário seria “uma falácia de autoridade”, forjada para proteger o poder público e minar o direito dos administrados prejudicados²⁹⁶. Cada um dos Poderes é, no máximo, independente, e seus órgãos são autônomos, devendo as funções por eles desempenhadas – como a jurisdicional – ser submetidas ao império da lei e às consequências de sua incidência²⁹⁷.

A soberania do Estado, essa sim verdadeira, da mesma forma não autorizaria, por extensão, a proteção isolada e irrestrita dos atos praticados pelo Judiciário. Primeiro, pois retirar o ente público da

²⁹³ AGUIAR DIAS, 2006, p. 850-852. Note-se que Aguiar Dias não se posiciona favoravelmente à irresponsabilidade, dizendo, apenas, que a doutrina costuma assim entender.

²⁹⁴ Nessa mesma toada, destacando a imunidade do poder público por atos dos juízes, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz invoca a soberania do Poder Judiciário, além de outros argumentos. LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Responsabilidade do estado por atos judiciais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Não determinada, vol. 138, abr. 1998, p. 55-63.

²⁹⁵ DERGINT, 1994, p. 131.

²⁹⁶ SOUZA, 1991, p. 33.

²⁹⁷ SILVA FILHO, Arthur Marques da. Juízes irresponsáveis? Uma indagação sempre presente. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: vol. 674, dez. 1991, p. 75.

submissão ao ordenamento jurídico é elemento próprio de Estados autocráticos, nos quais vigora a máxima *the king can do no wrong*, e nos quais o elemento humano é elevado ao patamar de verdadeira deidade. Modelos de Estado dessa estirpe encontram-se na contramão da tendência democrática que impera na contemporaneidade, não podendo ser admitidos, ainda que limitados a apenas uma das funções estatais.

Em segundo lugar, justamente porque não se deve tratar de forma diferente os Poderes do Estado, cada uma dessas funções deve receber o mesmo tratamento, em nome do princípio da isonomia. Nem a doutrina, nem a jurisprudência tem dificuldades em reconhecer a responsabilidade estatal diante de danos ocasionados pela atividade do Executivo, e até mesmo do Legislativo. E ao Judiciário, não foi destinada parcela maior (do exercício) da soberania, não se justificando o tratamento diferenciado que se observa ao se tratar de atos dessa natureza²⁹⁸. Como bem sintetiza Léon Duguit, se a soberania não aparece de modo mais intenso no ato administrativo, e se ela não é utilizada como argumento para contrapor a responsabilidade do Estado-administrador, então não subsiste razão para se desacreditar a responsabilidade do Estado-juiz²⁹⁹.

O argumento da soberania, então, pode ser considerado para esses autores um verdadeiro “argumento de museu”³⁰⁰. A soberania do Poder Judiciário, visto que inexistente, não serve para irresponsabilizar o ente público. A soberania do Estado, por sua vez, não deve ser utilizada de escudo para a manutenção de privilégios.

A atividade de julgar não é atividade mecânica, envolvendo diversos outros fatores, inclusive subjetivos, que não podem ser desconsiderados. Com isso, eventuais desvios e prejuízos causados pelo Estado-Juiz não devem ser relevados em nome de uma soberania inexistente, sendo possível ensejarem a reparação civil, ainda que em casos excepcionais.

Diante disso, não cabe defender que o Estado ou o Poder Judiciário sejam considerados totalmente irresponsáveis, como propõe o argumento da soberania. A discussão pertinente deve partir do princípio de que há responsabilidade e deve recair sobre a aferição das hipóteses em que ela se manifesta, possuindo a defesa da imunidade caráter meramente histórico, e não mais pragmático.

²⁹⁸ HENTZ, 1995, p. 83.

²⁹⁹ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*: tome III. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, Éditeurs, 1923, p. 499.

³⁰⁰ ARDANT, Philippe. *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*. Paris: LGDP, 1956, p. 179-182.

2.2.2 A independência dos juízes no exercício de suas funções

Os defensores da irresponsabilidade total do Estado por danos provocados pela atividade jurisdicional justificam-na pela independência de que dispõe a magistratura. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira apresenta como justificativa para a imunidade do poder público, além da soberania, a “liberdade de espírito dos magistrados”, buscando-se resguardar sua imparcialidade³⁰¹.

Com efeito, como os membros da carreira possuem liberdade no exercício de sua função e na formação de seu convencimento, o Estado não pode ser provocado e muito menos condenado a ressarcir os danos sofridos pelos cidadãos, devendo ser considerado totalmente irresponsável. Se assim não o fosse, alega-se que seriam formados juízes temerosos com as consequências de suas decisões, os quais julgariam não movidos pelo seu senso de justiça, mas por pressões e influências escusas, amedrontados pela possibilidade de ser ajuizada ação ressarcitória contra o Estado ou, pior, contra si mesmos.

Não há, para parte da doutrina, todavia, qualquer desconformidade entre a independência dos magistrados e a responsabilização do Estado. Pelo contrário, pois a responsabilização da pessoa jurídica serve como verdadeiro escudo para a pessoa física, que apenas responderá com o seu patrimônio pessoal em casos excepcionais, regressivamente. Maria Sylvia Zanella Di Pietro menciona decisão do STF³⁰² que afastou a responsabilidade do julgador diante de ato jurisdicional danoso, direcionando ao Estado o dever de indenizar, salvaguardado o direito de regresso em face da pessoa física³⁰³. O Estado, portanto, é responsável pelos atos de seus juízes.

Com efeito, deve se ter bem claro que a responsabilidade do Estado e a responsabilidade do juiz são coisas distintas. Inclusive, para parte da doutrina, a primeira é objetiva e a segunda subjetiva, e aquela não pressupõe esta. Como bem exprimiu Pontes de Miranda, “a responsabilidade do Estado pode existir, ainda que não exista a responsabilidade do juiz”³⁰⁴.

³⁰¹ PEREIRA, 1989, p. 150-151.

³⁰² STF, RE 228977/SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2002, DJ 12/04/2002.

³⁰³ DI PIETRO, 2015, p. 807.

³⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, 1974, p. 398.

Logo, a responsabilização do Estado não configura uma ameaça à independência dos magistrados justamente porque não atinge as suas garantias funcionais³⁰⁵. Atinge, via de regra, apenas o patrimônio público. E a preocupação com o ajuizamento de ação apenas em face do Estado, acompanhada da proteção ao patrimônio pessoal, enfraquece eventuais temores do julgador no momento de firmar o seu veredicto.

Conquanto a responsabilidade do poder público não limite a independência dos juízes, a sua responsabilização pessoal pode apresentar alguma restrição ao exercício da função³⁰⁶. Mesmo assim, porém, não há que se falar na impossibilidade de se condenar pessoalmente o magistrado pelo dano decorrente de ato jurisdicional.

Primeiro, a independência de que gozam não é absoluta, e a sua relatividade é plenamente compatível com o exercício democrático da função. Segundo, pois a responsabilidade pessoal do juiz limita-se praticamente às situações de “dolo ou fraude”³⁰⁷, podendo ser considerados “quase irresponsáveis”.

Logo, não se pode descartar a compatibilidade entre a responsabilização pessoal do magistrado e a independência da carreira, resguardando-se aos administrados o direito de acesso à justiça e de ter um julgamento imparcial pelo Estado.

Do mesmo modo, a independência, que é atributo dos juízes, não deve, por extensão, justificar a irresponsabilidade total do Estado. No máximo, poderia justificar a irresponsabilidade dos próprios magistrados, o que, contudo, também não se mostra incompatível, como se verá no item 2.5 (especialmente 2.5.2) do presente estudo.

2.2.3 A falibilidade humana como atributo dos juízes

A possibilidade de cometer erros é característica indissociável da condição humana. Todos, sem exceção, estão, a todo tempo, sujeitos a provocá-los, voluntariamente ou não. Com os magistrados, não poderia ser diferente, sendo a falibilidade elemento presente no exercício profissional e com o qual se convive diariamente.

Parte da doutrina e da jurisprudência defende que o fato de os julgadores serem falhos deve isentá-los e exonerar o Estado de responsabilidade, porquanto este não deve arcar com os erros daqueles que agem em seu nome. Na lógica desse argumento, o cidadão que

³⁰⁵ GONÇALVES, 2014, p. 210.

³⁰⁶ LASPRO, 2000, p. 119.

³⁰⁷ Art. 133, inc. I, CPC.

submete sua demanda ao Judiciário se sujeita a toda uma sorte de eventos e desdobramentos, sendo que eventuais erros e prejuízos decorrentes da condução do processo ou do resultado obtido devem ser suportados em silêncio, em homenagem à inevitável falibilidade contingencial humana. Em virtude dessa característica subjetiva, o Estado seria, então, totalmente irresponsável no âmbito civil.

Para outros autores, no entanto, a tese da falibilidade serve para justificar, e não afastar o dever do Estado em responder pelos danos decorrentes de atos jurisdicionais³⁰⁸. Justamente em função de se saber que os magistrados estão sujeitos a cometer erros, e que os cometerão, é que se torna não possível, mas necessária a responsabilização do poder público, como forma de se resguardar direitos dos administrados. Do contrário, a arbitrariedade da atuação dos juízes criaria atmosfera adversa, de desconfiança e incerteza, e que, inclusive, poderia abafar situações ilícitas, podendo-se justificar pela falha humana atos de corrupção, por exemplo.

Por fim, observa-se que inexistem ilações semelhantes à presente no que concerne à falibilidade dos agentes integrantes dos demais Poderes da República. Nesses casos, o potencial de praticar erros não é sugerido para isentar de responsabilidade o ente público e considerá-lo imune, podendo esta diferenciação ser considerada injustificada, confirmando a fragilidade do presente argumento.

2.2.4 Afronta à coisa julgada e o limite da responsabilidade

Coisa julgada consiste na qualidade adquirida pela sentença de tornar-se inquestionável e imutável³⁰⁹. Pouco importa se a decisão está correta ou não, se é justa ou não: verificado o trânsito em julgado, e formada a *chose jugée*, seu dispositivo adquire força de lei entre as partes no caso concreto, devendo ser obedecido. O conceito encontra-se positivado no art. 6.º, § 3.º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (“Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”) e no art. 467 do Código de Processo Civil (“Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”).

³⁰⁸ DERGINT, 1994, p. 148.

³⁰⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 511.

Diante da imutabilidade a que tendem as sentenças, parte da doutrina sustenta a irresponsabilidade civil total do Estado em relação aos atos judiciais que possuem essa qualidade. Entendem que aquilo que já não pode mais ser mudado não pode ser rediscutido, e que responsabilizar o poder público por erros judiciários ofenderia a autoridade da coisa julgada, a presunção de veracidade da decisão e o princípio da segurança jurídica³¹⁰.

Há, todavia, duas “modalidades” de coisa julgada, sendo que, para os defensores da irresponsabilidade, apenas uma delas impede a responsabilização do Estado.

Como se verá no item 2.4.1, a lei prevê remédios para a revisão das sentenças, mesmo quando estas já tiverem sido envolvidas pelo manto da imutabilidade, de modo que a coisa julgada não é absoluta.

As principais ações autônomas que servem ao anseio revisional são a revisão criminal, para casos penais, e a ação rescisória, para cíveis e trabalhistas. As hipóteses em que se pode rescindir uma sentença são restritas, além do que possuem prazo relativamente exíguo para serem ajuizadas (dois anos, a partir do trânsito em julgado³¹¹).

Da relatividade que marca o instituto, emerge a segunda “modalidade” de coisa julgada, formada após o esgotamento do prazo bienal para a ação rescisória. É a chamada coisa soberanamente julgada.

Para os defensores da tese da incontestabilidade da coisa julgada, é a coisa soberanamente julgada que ilide em definitivo a possibilidade de se responsabilizar o Estado por ato jurisdicional³¹². Assim, quando não for possível qualquer medida jurídica, recursal ou revisional, restaria completa e definitivamente afastada a responsabilidade.

Por outro lado, enquanto não ajuizada ou não julgada improcedente a rescisória, haveria possibilidade de se reverter a decisão e de se condenar o ente público, mas desde que a decisão seja, ao final, desconstituída pela revisão autônoma.

Muito embora a incontestabilidade da coisa julgada seja um dos argumentos mais consistentes para fundamentar a irresponsabilidade

³¹⁰ DERGINT, 1994, p. 139.

³¹¹ “Art. 495, CPC. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão”. A revisão criminal, por sua vez, não tem prazo para ser proposta (“Art. 622, *caput*. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após”).

³¹² SALAZAR, Alcino de Paula. *Responsabilidade do Poder Público por Atos Judiciais*. Rio de Janeiro: Canton & Reile, 1941, p. 98-99.

civil do Estado por atos jurisdicionais, sua tese, para parte da doutrina, é falha, devendo ser desconstruída.

Deve-se obter per que uma coisa é admitir a estabilidade da coisa julgada, e outra é usá-la (a imutabilidade) como argumento para a irresponsabilidade estatal. De fato, uma vez formada, a coisa julgada não pode ser questionada, exceto nas restritas exceções legais. Porém, questionar os efeitos do erro, responsabilizando o Estado por eles, não afronta, de nenhuma maneira, a coisa julgada, nem a coisa soberanamente julgada.

Com a discussão de eventual responsabilidade do Estado pela função jurisdicional, a decisão que causou o dano não deixará de existir ou de surtir efeitos, até mesmo se o Estado for condenado. Com a condenação do Estado ao pagamento de indenização à parte prejudicada, o *decisum* continua a valer para ambos os litigantes, não sendo atingidos os comandos apostos na sentença³¹³.

Trata-se de duas relações distintas: a primeira envolvendo as partes, e a segunda uma das partes e o poder público. O que restar decidido, em definitivo, no primeiro processo permanecerá incólume mesmo se o segundo processo chegar a ser proposto e acolhido. Será do Estado, exclusivamente, a responsabilidade advinda do ato jurisdicional, não se onerando a parte não prejudicada no primeiro processo, nem mesmo regressivamente. No máximo, o que poderá haver é a responsabilização do juiz do processo que gerou o dano, nos casos previstos em lei.

Portanto, desconstruindo-se o argumento da incontrastabilidade, parte da doutrina conclui que são perfeitamente compatíveis a imutabilidade da coisa julgada e a responsabilização do poder público, de modo que, em nome da segurança jurídica, protege-se a coisa julgada. E, em nome da promoção da justiça, e para não onerar a parte prejudicada pela falha do Estado, admite-se a sua responsabilização.

2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS DECORRENTES DE ATOS JURISDICIONAIS: O “ÚLTIMO REDUTO” DA IRRESPONSABILIDADE?

Conforme se estudou nos itens 1.3 e 1.4, a teoria da responsabilidade civil do Estado evoluiu de um período de irresponsabilidade para a consagração da responsabilidade sem culpa,

³¹³ DI PIETRO, 2014, p. 806.

prevista em todas as Constituições brasileiras desde 1946 e mantida como regra no art. 37, § 6.º, da CF de 1988.

Tal deslocamento teórico não se desenvolveu de maneira linear em todas as esferas do poder público. Notadamente em relação à atuação do Estado-Juiz, percebe-se, até hoje, especialmente no Brasil, uma onda refratária à responsabilização, levando Yussef Said Cahali a afirmar que a irresponsabilidade dos danos decorrentes de atos judiciais constitui o “último reduto” da teoria da irresponsabilidade civil do Estado³¹⁴.

De fato, a doutrina nacional clássica sempre teve dificuldades em reconhecer a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional³¹⁵, defendendo que “o Estado-Jurisdição deveria ter um sistema diferenciado de responsabilização, não podendo se submeter às rígidas regras da responsabilidade objetiva do Estado”³¹⁶.

O entendimento pela irresponsabilidade total, para tanto, não mais parece passível de defesa³¹⁷. Mas o mesmo não se pode dizer em relação à responsabilidade como exceção.

2.3.1 A responsabilidade civil do Estado-Juiz e o seu caráter de excepcionalidade

A tese da incidência de responsabilidade civil apenas em casos especiais, previstos em lei, tem se fortalecido recentemente, sendo que “a doutrina pátria e alienígena vem, aos poucos, se curvando para admitir, de forma tímida, a responsabilidade do Estado decorrente de atos judiciais, mas sempre em caráter de excepcionalidade”³¹⁸.

³¹⁴ CAHALI, 2012, p. 468.

³¹⁵ Tanto que, no período civilista da responsabilidade civil do Estado, quando se falava em atos de gestão e de império, apenas a partir desses últimos é que se podia extrair responsabilidade, sendo a atividade jurisdicional neles incluída. LASPRO, 2000, p. 92.

³¹⁶ LASPRO, 2000, p. 91.

³¹⁷ Esse entendimento está restrito à doutrina mais antiga, anterior à segunda metade do século XX. É o caso de Carlos Maximiliano: “os juízes podem ser processados e punidos, livre, entretanto, o erário de ressarcir o dano resultante das sentenças. A irresponsabilidade do Estado pelos atos e omissões dos juízes advém da independência da Magistratura, prerrogativa, esta, que tem como consequência lógica o tornar exclusivamente pessoal a responsabilidade”. MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição Brasileira de 1946. Vol. 3. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1948, p. 259-260.

³¹⁸ STOCO, 2007, p. 1.197.

As hipóteses excepcionais que a doutrina entende que ensejam responsabilidade por ato jurisdicional estão previstas no art. 5.º, inc. LXXV, da Constituição, cuja redação estatui que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Já na legislação infraconstitucional, destaque para os arts. 133 do Código de Processo Civil e 49 da Lei Complementar n.º 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), os quais, embora indicativos de hipóteses de indenização, tratam da responsabilidade pessoal do magistrado, a qual depende do elemento subjetivo para ser caracterizada^{319 320}.

Com efeito, para parte da doutrina, a responsabilidade do Estado será, além de excepcional, objetiva. Para essa corrente, a responsabilidade objetiva do Estado se aplicaria aos atos dos juízes nos casos expressamente declarados em lei, isto é, de erro judiciário, excesso de cumprimento de pena (ambas como previsão constitucional), ou dolo, fraude ou culpa grave (infraconstitucional). A esse respeito:

Em se tratando de atos jurisdicionais, a teoria da responsabilidade objetiva, consagrada no art. 37, § 6.º, da Carta Magna, não se aplica de forma absoluta, já que é característica inerente ao ato judicial a possibilidade de acarretar prejuízos para as partes. Assim, o Estado somente responde pelos danos causados por atos jurisdicionais nas hipóteses de erro judiciário e excesso de cumprimento de pena, previstas expressamente na Constituição, em seu art. 5º, inciso LXXV, *ou nos casos em que restar comprovada a existência de dolo, fraude (art. 133, I, do Código de Processo Civil; art. 49, I, da LOMAN), e culpa grave em razão de manifesta negligência (art. 133, II, do*

³¹⁹ “Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

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

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

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

³²⁰ O art. 49 da LOMAN possui redação semelhante à do art. 133 do CPC. E, além do art. 133 do CPC e 49 da LOMAN, há, na legislação infraconstitucional, o art. 630 do CPP, de redação já reproduzida.

*Código de Processo Civil; art. 49, II, e art. 56, I, da LOMAN) ou erro crasso (art. art. 56, III, da LOMAN)*³²¹. (grifou-se).

Diante de tais dispositivos, que tratam direta e especificamente de sua responsabilidade, seria possível reconhecer que, em razão das garantias e características próprias da carreira, os atos do magistrado receberiam da doutrina tratamento diferenciado em relação aos atos dos integrantes dos demais serviços públicos, nos quais não haveria maiores dificuldades para se reconhecer responsabilidade³²². O juiz seria um agente de “categoria especial”, pois exterioriza a atividade de um Poder estatal, além de possuir prerrogativas especiais, constitucionalmente previstas, que não se estendem a nenhum outro funcionário público³²³. Na verdade, ele não seria considerado funcionário público, ou, ao menos, seus atos não receberiam o mesmo tratamento quando se discutisse responsabilidade civil do Estado.

Quanto ao tratamento do tema na jurisprudência, é possível concluir que a tese da irresponsabilidade predomina, admitindo-se, assim como na doutrina, a existência de hipóteses excepcionais, nas quais incide a responsabilidade objetiva. Hoje, tal inclinação persiste majoritariamente no STF, sendo que os julgados não costumam, como regra, reconhecer a responsabilidade por atos jurisdicionais, senão naquelas hipóteses expressamente previstas em lei.

Nos autos do agravo em recurso extraordinário n.º 770931/SC, o STF decidiu que só seria possível falar-se em responsabilidade objetiva por atos judiciais “nas hipóteses previstas em lei, sob pena de amesquinamento da atividade soberana do Estado na aplicação do ordenamento jurídico e na imposição da justiça”. Afirmando a irresponsabilidade como regra geral, o fundamento recaiu na não percepção do erro judiciário, por não se observar ilegalidade ou abusividade no decreto e cumprimento de prisões temporária e preventiva de sujeito posteriormente absolvido. O acórdão foi assim ementado:

³²¹ TJMG, AC 1.0223.10.010356-1/001, de Divinópolis, Rel. Des. BITENCOURT MARCONDES, OITAVA CÂMARA CÍVEL, julgado em 05/09/2013, DJ 16/09/2013.

³²² CARLIN, Volnei Ivo. *Direito administrativo*. Florianópolis: Ed. OAB/SC, 2001, p. 254.

³²³ PORTO, Mário Moacyr. *Temas de Responsabilidade Civil*. São Paulo: RT, 1989, p. 146.

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade civil do Estado. Prisões cautelares determinadas no curso de regular processo criminal. Posterior absolvição do réu pelo júri popular. Dever de indenizar. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Ato judicial regular. Indenização. Descabimento. Precedentes.

1. O Tribunal de Justiça concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que não restaram demonstrados, na origem, os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado, haja vista que o processo criminal e as prisões temporária e preventiva a que foi submetido o ora agravante foram regulares e se justificaram pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, não caracterizando erro judiciário a posterior absolvição do réu pelo júri popular. Incidência da Súmula nº 279/STF.

2. *A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que, salvo nas hipóteses de erro judiciário e de prisão além do tempo fixado na sentença - previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal -, bem como nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico.*

3. Agravo regimental não provido³²⁴. (grifou-se).

Já no RE 505.393/PE, ao contrário do anterior, foi reconhecida a responsabilidade do Estado. Nesse caso – no qual se discutiu o dever da União de indenizar reitor de Universidade que, preso preventivamente por supostamente ter cometido peculato, teve sua condenação anulada em sede de revisão criminal –, o STF admitiu o erro judiciário e decidiu que a responsabilidade por erro, prevista no art. 5.º, inc. LXXV, da CF, e no art. 630 do CPP, é do tipo sem culpa³²⁵, como sinalizado no exemplo anterior.

³²⁴ STF, ARE 770931/SC AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 13/10/2014.

³²⁵ É da ementa:

“2. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, §

Note-se que a Corte destacou que a regra é a irresponsabilidade, mas que, nos casos expressos em lei, aplicar-se-ia a responsabilidade objetiva. Ou seja: o art. 5.º, inc. LXXV, da CF, que é posterior à regra geral do art. 37, § 6.º, da mesma Lei, e em compatibilidade com a regra geral de irresponsabilidade, “estabelece que, *naqueles casos*, a indenização constituiria garantia individual, e, manifestamente, não submeteu à exigência de dolo ou culpa do magistrado” (grifou-se). Não se trataria, assim, de ampla responsabilidade objetiva³²⁶.

Para tanto, antes de se prosseguir na tratativa jurisprudencial, cabe fazer um adendo neste ponto do trabalho.

Sergio Cavalieri Filho relata que o objetivo do legislador ao inserir o inc. LXXV não foi (e nem poderia ser) contrariar a regra geral do art. 37, § 6.º, de modo que aquela deve harmonizar-se a essa. Para o autor, tal harmonia reside no fato de que o novo preceito refere-se à atividade jurisdicional do Estado, e não à atividade judiciária.

Essa última, que corresponde à atividade administrativa do Poder Judiciário, incluiria “os casos de denegação da justiça pelo juiz,

6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. 3. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça”. STF, RE 505393/PE, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJe 05/10/2007.

³²⁶ Também decidindo que a responsabilidade objetiva do Estado apenas se aplica em casos excepcionais (entendimento majoritário no STF): STF, ARE 756753/PE AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 24/09/2013; STF, RE 479108/RS AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 27/09/2013; STF, AI 803831/SP AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 15/05/2013. STF: RE 553637/SP ED, Rel. Min. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 25/09/2009; STF, RE 429518/SC AgR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2004, DJ 28/10/2004. Nesses casos, a questão de fundo cingiu-se no reconhecimento da inexistência de responsabilidade a partir de prisão em flagrante ou preventiva em processo no qual o sujeito tenha sido posteriormente absolvido. Entende o STF que a prisão em flagrante ou preventiva não se confunde, em tese, com o erro judiciário, não configurando hipótese de responsabilidade objetiva excepcional.

negligência no exercício da atividade, falta do serviço judiciário, desídia dos serventuários, mazelas do aparelho policial”. Nela, não se teria a responsabilidade em casos excepcionais, mas como regra geral, podendo ser resolvida pela regra da responsabilidade objetiva e geral do Estado.

Tenta-se afastar, com isso, qualquer argumento relacionado a eventual tratamento diferenciado dado ao Poder Judiciário, visto que a sua atividade administrativa seria regida pela regra geral. A excepcionalidade estaria de acordo com a CF, havendo regra constitucional tratando a função jurisdicional isoladamente, em função das características especiais dessa função³²⁷. A diferença se verificaria, portanto, apenas no âmbito jurisdicional.

Voltando para a análise prática, tem-se que, para além dos casos de cunho criminal, o STF mantém o mesmo entendimento também nos casos cíveis.

No recurso extraordinário n.º 219.117/PR – interposto pelo Estado do Paraná em face de acórdão que reconheceu o dever do poder público de indenizar, pelo preço da compra, arrematante de imóvel praxeado, e sobre o qual recaía penhora desconhecida no momento da aquisição, não apontada pelas certidões cartorárias –, o Recorrente, dentre outros argumentos, alegou que a decisão do Tribunal de Justiça paranaense, ao reconhecer *error in iudicando* na sentença que anulou a compra por fraude à execução, o que teria causado prejuízo a terceiro de boa-fé (arrematante), ofenderia o art. 37, § 6.º, da CF. Com isso, a responsabilidade civil apenas poderia ser reconhecida em relação ao juiz, desde que agisse com dolo ou fraude, e sob nenhuma hipótese em relação ao Estado.

A Corte Superior deu provimento ao recurso sob o fundamento de que a regra geral de responsabilidade objetiva (art. 37, § 6.º, da CF), por ser limitadora da soberania, somente se aplicaria a casos expressamente declarados em lei, sendo a função jurisdicional expressão da própria soberania. Admitiu que “o princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei”, sendo essa a “orientação assentada na Jurisprudência do STF”³²⁸.

³²⁷ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 322-326. Do contrário, ter-se-iam juízes amedrontados ao decidir, devendo-se garantir a sua independência para formar o livre convencimento e tolerar, quando razoável, a falibilidade humana que inevitavelmente se manifestará.

³²⁸ STF, RE 219.117/PR, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/08/1999, DJ 29/10/1999.

No mais, e adiantando o conteúdo a ser tratado no item 2.4, deve-se ressaltar que associar a responsabilidade objetiva à verificação de erro judiciário pode se mostrar contraditório.

O erro judiciário envolve elemento subjetivo, e o ato que o ocasiona deve ser acompanhado pela culpa grave do juiz. O erro precisa da culpa para ser configurado, atraindo responsabilidade subjetiva, inclusive quando se tratar de culpa anônima, consubstanciada na falta despersonalizada do serviço. Nesses casos, conquanto se trate de teoria publicista, tem-se que a culpa anônima ou culpa administrativa³²⁹ atrai responsabilidade subjetiva, de modo que os casos em que o serviço não foi prestado, ou tenha sido mal prestado ou prestado tardiamente, recaem na responsabilidade com culpa, vislumbrando-se o erro judiciário³³⁰.

Essa constatação, entretanto, não inviabiliza o reconhecimento da responsabilidade excepcional e objetiva, aplicada majoritariamente pelo STF. Associar o erro judiciário à responsabilidade objetiva não é o mesmo que reconhecer essa modalidade quando se ignora o erro judiciário e a comprovação da culpa. Dessa forma, uma coisa é dizer que a configuração da responsabilidade objetiva precisa do erro judiciário (ou do dolo ou culpa). E outra, que se admite, é afirmar que a responsabilidade será objetiva, independentemente do erro judiciário, bastando o dano e o nexo de causalidade para ser configurada.

Assim, para se falar em indenização, uma decisão hipotética que, consubstanciada no erro judiciário, prendeu sujeito que não foi autor de determinado crime, causando-lhe danos, deve reconhecer a responsabilidade subjetiva, pois o erro de fato ocorreu. Isso não quer dizer que essa situação fática não poderia configurar responsabilidade objetiva, mas a moldura (ou fundamento) que se lhe aplica não deveria recair no erro judiciário. Por outro lado, outra decisão, também fictícia, que determinou a prisão de alguém corretamente, mas mesmo assim lhe

³²⁹ Cf. item 1.3.3.1.

³³⁰ Com isso, talvez a única possibilidade de se admitir que a responsabilidade objetiva dependeria do erro judiciário residiria no art. 933 do Código Civil, que assim prevê: “as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. E o citado art. 932, em seu inc. III, diz: “são também responsáveis pela reparação civil: o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”. Assim, o empregador (Estado) responderia objetivamente pelo ato do seu empregado (juiz), e, independentemente, no ato, o elemento culposo (erro judiciário).

causou danos indenizáveis, somente poderá ensejar responsabilidade objetiva, pois não há a ilicitude (o ato foi lícito) a ser discutida.

Dito isso, tem-se que o entendimento pelo vínculo entre a responsabilidade excepcional por atos dos juízes e a responsabilidade objetiva encontra resistência.

Há quem defenda que a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional também seria reconhecida em casos restritos, mas não seria objetiva, dependendo da configuração do elemento subjetivo para ser formada.

O atual entendimento de Hely Lopes Meirelles firma-se no sentido de que o dever de indenizar só se concretiza se demonstrada culpa na expedição do ato judicial, “de maneira ilegítima e lesiva”.

Atribui a não incidência da regra geral de responsabilidade objetiva ao fato de que os juízes não se enquadram no vocábulo “agentes”, presente no art. 37, § 6.º, da CF. Para ele, tal dispositivo refere-se aos agentes administrativos, sendo que os magistrados enquadram-se na classificação de agentes políticos, ou seja, de verdadeiros membros do Poder Judiciário e do Estado, e não de funcionários *a serviço – servidores* – deste³³¹.

Também negando a regra da responsabilidade objetiva para atos judiciais, Rui Stoco explica que o julgamento “errado” não enseja responsabilidade nem para a Fazenda Pública, nem para o julgador. Nem nos casos “evitados de erros ou equívocos” se poderia responsabilizar objetivamente o Estado pelos atos dos seus juízes.

Com efeito:

Permitir que sem a existência de dolo ou fraude – tal como dispõe o art. 133 do CPC e art. 49 da LOMAN – seja responsabilizado o Estado pelos atos dos juízes seria contrariar a sua qualidade de Poder que permeia os órgãos judiciários, pois o Poder Judiciário, ao exercer função que dimana da própria soberania, qual seja decidir em última instância sobre a aplicabilidade e efetividade das normas, não iguala o seu agente ou órgão de poder (o julgador) ao administrador, que, ao revés, pratica atos de execução regradados e informados pelo princípio da legalidade, permitindo o amplo controle judicial da atividade administrativa e a

³³¹ MEIRELLES, 2014, p. 772.

direta responsabilização do Estado pelo funcionamento deletério do serviço público. Mais ainda, *em razão de atos dos juízes que possam eventualmente causar danos, não responde objetivamente o Estado, salvo nos casos expressamente declarados em lei, impondo-se a apuração de comportamento doloso ou fraudulento desses agentes. Ou seja, não incide a regra do art. 37, § 6.º, da CF/88, exigindo-se adequado exame do caso concreto e apuração do dolo ou fraude do Juiz, pelo fato de que, estando no exercício da atividade jurisdicional, assume o status de agente ou órgão de Poder. Seria absolutamente estranho responsabilizar e obter reparação do Estado por alegação de falta, falha, má-fé, fraude ou intenção deliberada de prejudicar ou privilegiar o Juiz, quando no exercício da atividade jurisdicional, sem que se comprove nenhuma das imputações, ou seja, dessas causas.* Ora, se o magistrado não atuou ou se omitiu intencionalmente em prejuízo da parte e se, portanto, essa atuação foi escorreita, não há como conceder reparação a qualquer das partes no processo, sob pena de enfraquecimento do Judiciário como um todo, banalização das decisões e afronta ao próprio exercício dessa atividade³³². (grifou-se).

Em suma, para o autor, ao se afastar a regra da responsabilidade objetiva, o que se tem, como regra, é a irresponsabilidade do Estado pelos atos de seus juízes. A responsabilidade subjetiva seria, assim, a modalidade de responsabilidade aplicada aos casos previstos em lei (casos excepcionais – erro judiciário, prisão indevida ou, se devida, cumprida além do prazo determinado na sentença), e seria reconhecida quando verificados os elementos autorizadores, como os do art. 133 do CPC. Portanto, a responsabilidade do Estado condicionar-se-ia à verificação do elemento culposo ou doloso do magistrado³³³.

³³² STOCO, 2007, p. 1.199-1.200.

³³³ Ademais, o autor escreve, justificando tratar-se de responsabilidade subjetiva, que, se objetiva fosse, seria desnecessária a revisão criminal para constituí-la. Seria suficiente a prova do dano e o nexos causal perante o ato jurisdicional para configurar a responsabilidade, o que poderia ser feito integralmente no âmbito da ação cível de reparação. De se concluir, por fim,

Há jurisprudência assim decidindo, enaltecendo a responsabilidade subjetiva:

Em que pese a regra geral seja a responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, tenho que, no caso de responsabilidade pela atividade jurisdicional (ato judicial típico), não é possível a adoção deste regime de responsabilidade, sob pena de inviabilizar esta espécie de atividade estatal. *Assim, na hipótese de atos judiciais típicos, a responsabilização deve passar pela análise de eventual dolo, fraude ou culpa grave*³³⁴. (grifou-se).

Trata-se de caso no qual o Apelante pleiteia indenização por danos morais e materiais em virtude do cumprimento de mandado de prisão civil (por dívida de alimentos) quando este já havia sido revogado, em virtude da extinção da execução.

No voto vencedor³³⁵, fundamentou-se a inaplicabilidade do art. 37, § 6.º, da CF (objetiva), no fato de que a responsabilidade do Estado, “por alegado erro judiciário, somente se configurará se este decorrer do emprego de dolo, fraude ou culpa grave, conforme se extrai do teor da norma contida no artigo 5º, LXXV, da CF”. No voto que acompanhou o vencedor-divergente³³⁶, e que assegurou a maioria e a prevalência da tese da responsabilidade subjetiva, reconhecendo a presença dos requisitos de responsabilidade, foi declarada a culpa grave do Estado, “consistente no indevido cumprimento de mandado de prisão em duas oportunidades. Da mesma forma, está presente o dano sofrido pelo demandante e o nexo de causalidade entre o dano e a conduta estatal”. Desse modo, de acordo com esse entendimento, a responsabilidade do

que o autor aproxima o conceito de erro judiciário da responsabilidade subjetiva, dizendo que a sua configuração envolve o elemento subjetivo. STOCO, 2007, p. 1.188.

³³⁴ TJRS, AC 70047557756, de Erechim, Rel. Des.. ROMEU MARQUES RIBEIRO FILHO, QUINTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 30/05/2012, DJ 05/06/2012.

³³⁵ Lavrado pelo Des. Romeu Marques Ribeiro Filho, que divergiu do relator.

³³⁶ Lavrado pela Des.^a Isabel Dias Almeida, que acompanhou o voto lavrado pelo Des. Romeu Marques Ribeiro Filho.

Estado por ato jurisdicional só há de ser reconhecida se acompanhada do elemento subjetivo na conduta do magistrado³³⁷.

Em outro caso, no qual se pretendia indenização em razão de suposto conteúdo ofensivo em sentença, e que teria se baseado em provas ilícitas, ficou decidido que a regra de responsabilidade civil objetiva do Estado somente se aplicaria aos atos típicos do Poder Executivo, e não aos atos típicos dos Poderes Judiciário e Legislativo. Conduz a decisão no sentido de reconhecer que será possível verificar indenização pelo exercício da função jurisdicional quando ocorrerem erros judiciais, tanto *in judicando* como *in procedendo*.

Não são quaisquer erros, no entanto, que atraem a responsabilidade, até mesmo porque a ocorrência de erros é natural, própria da condição humana³³⁸. Via de regra, os erros, como se verá no item 2.4.1, devem ser solucionados mediante recursos ou, quando for o caso, revisão em ação autônoma, desconstitutiva da coisa julgada.

Desse modo, conclui a decisão:

O Estado só pode ser responsabilizado pelos danos causados por atos judiciais típicos nas hipóteses previstas no art. 5º, LXXV da Constituição. Sendo certo que apenas o erro judiciário eivado de dolo, fraude ou má-fé pode

³³⁷ No mesmo sentido: acórdão que, afastando a responsabilidade objetiva do Estado sobre atos jurisdicionais, justificou a irresponsabilidade pelo fato de “não comprovação de não funcionamento, mau funcionamento ou funcionamento a destempo do serviço”, ou seja, de responsabilidade subjetiva. TRF 3, AC 1001/SP 0001001-52.2005.4.03.6102, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 20/06/2013.

E, no caso de indenização por abertura de processo criminal em face do Apelante, reconheceu-se a irresponsabilidade em virtude da ausência do elemento subjetivo. Para tanto: “Em regra, a responsabilidade civil do Estado obedece ao disposto no §6º do artigo 37 da Constituição da República, sendo de cunho objetiva. Já em relação ao alegado erro judiciário, o regime da responsabilidade civil encontra fundamento na regra do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal/1988. *Cuida-se de aplicar a teoria subjetiva para o exame da responsabilidade civil do Estado na modalidade de erro judiciário. Isso significa que o exame da controvérsia judicial transitará pela questão da prova do elemento subjetivo (dolo, fraude ou culpa grave)*”. (grifou-se). TJRS, AC 70046584629, de Lajeado, Rel. Des. IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, NONA CÂMARA CÍVEL, julgado em 25/01/2012, DJ 30/01/2012.

³³⁸ Cf. item 2.2.3.

ensejar a responsabilidade do Estado. *Sendo assim, aos atos judiciais típicos aplica-se a responsabilidade subjetiva, porquanto o Estado somente responde nos casos em que for comprovado que o Magistrado agiu com dolo ou fraude, em termos do art. 133, I do CPC*³³⁹. (grifou-se).

Diante de todas as considerações feitas, conclui-se que entender pela irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais vai de encontro aos preceitos contemporâneos. É andar na contramão da história e das legislações democráticas. Por isso, perfaz-se necessário o reconhecimento da responsabilidade estatal derivada de atos da Justiça, ainda que excepcionalmente, e ainda que de modo não tão amplo quanto propõe a regra geral de responsabilidade objetiva do art. 37, § 6.º, da CF³⁴⁰.

2.3.2 A responsabilidade do Estado-Juiz como regra: a inexistência de diferença ontológica face aos demais Poderes

Salientando mudança de paradigma e a abertura para a ampla aceitação da responsabilidade, Yussef Said Cahali chama atenção para o fato de que, tanto na doutrina quanto na jurisprudência – mas antes nesta –, está se desenhando entendimento no sentido de se reconhecer a responsabilidade do Estado por danos motivados por suas falhas e omissões na atividade jurisdicional. Assegura o autor a inexistência de diferença ontológica entre a função jurisdicional e as demais atividades prestadas pelo Estado, sobre as quais é indubitoso o cabimento da responsabilização³⁴¹.

No mesmo sentido da percepção de Cahali, infirma-se a teoria da irresponsabilidade aduzindo que o Estado não se encontra imune à coercitividade da lei, inexistindo qualquer razão jurídica ou inclusive lógica para absolvê-lo do dever de indenizar danos decorrentes da

³³⁹ TJRJ, RI 0039326-76.2011.8.19.0001, de Rio de Janeiro, Rel. Juiz FABIO RIBEIRO PORTO, PRIMEIRA TURMA RECURSAL FAZENDÁRIA, julgado em 27/01/2012, DJe 27/01/2012.

³⁴⁰ STOCO, 2007, p. 1.196. No mesmo sentido: PEREIRA, 1989, p. 152.

³⁴¹ CAHALI, 2012, p. 469-470.

atividade jurisdicional³⁴². Outrossim, reconhece-se que a tendência de enfraquecimento da tese da irresponsabilidade deve-se a razões de ordem política e jurídica.

Política, porque a construção do Estado Democrático de Direito implica o abandono de privilégios a determinados atores sociais, não se justificando a manutenção da blindagem do ente público. E jurídica, pois o Estado-Juiz é uma fração do Estado, de modo que a função jurisdicional é função pública, não se justificando qualquer excepcionalidade ou diferença de tratamento frente às funções e atos de outra natureza (administrativa, por exemplo)³⁴³.

Para tanto, o funcionamento do Poder Judiciário é engendrado a partir da prestação de uma série de atividades desempenhadas pelos juízes, e por diversos outros profissionais (servidores públicos), cujos atos são manifestações do próprio poder público. O serviço judiciário é um serviço público³⁴⁴, devendo sujeitar-se ao mesmo regime dos outros setores de funcionamento do Estado, diferenciando-se apenas quanto à função típica que lhe caracteriza³⁴⁵. Por isso, o juiz seria funcionário ou servidor público, agiria em nome do Estado, inexistindo qualquer sinal de sobreposição do Judiciário frente aos outros Poderes a justificar regime diferenciado de responsabilidade³⁴⁶.

Sob essa concepção, então, deveria ser dispensado à função jurisdicional o mesmo tratamento dado às outras funções estatais. Entender em sentido oposto – pela imunidade do Estado ante a responsabilidade civil deflagrada a partir de danos ocasionados pelo exercício do Poder Judiciário – contraria o fluxo evolutivo que envolveu a responsabilidade estatal nas últimas décadas (retratado nos itens 1.3 a 1.5), mostrando-se incompatível com o Estado Democrático de Direito e as leis que o fundam, as quais não sinalizam qualquer tratamento especial à função pública jurisdicional.

Nesse contexto, também se alega que nem a soberania, nem a incontestabilidade da coisa julgada, vistas no item 2.2, seriam

³⁴² SILVA, Juary C. *A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos*: teoria da responsabilidade unitária do poder público. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 145.

³⁴³ AGUIAR JÚNIOR, 2001, p. 162.

³⁴⁴ O Estado possui o monopólio da tutela jurisdicional, vedando-se a autotutela, não havendo como se denegar o aspecto público dessa atividade.

³⁴⁵ SERRANO JÚNIOR, Odoné. Responsabilidade civil do estado pelo mau funcionamento dos serviços judiciários. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Não determinada, vol. 746, dez. 1997, p. 126-127.

³⁴⁶ DERGINT, 1994, p. 160-161.

argumentos suficientes para afastar o rompimento da imunidade estatal. Aduz-se que soberano é o Estado, e não o Poder Judiciário, e que a coisa julgada pode ser desconstituída³⁴⁷. Se o Poder fosse soberano, por óbvio que também o Executivo e o Legislativo o seriam, o que faria com que não houvesse responsabilidade do Estado também nesses casos. No entanto, não há maiores dificuldades em reconhecê-la, especialmente no caso do Poder Executivo.

E nem o fato de a Constituição trazer expressamente apenas duas situações ensejadoras da responsabilidade do Estado (art. 5.º, inc. LXXV) deve ser interpretado como fator limitador ao reconhecimento do dever de indenizar. O arrolamento dessas hipóteses no dispositivo justificaria-se pela sua gravidade, sem qualquer intenção de se exaurirem as possibilidades. Dessa forma, os danos decorrentes da jurisdição penal e civil, observados a partir de contexto fático que não necessariamente se enquadre no erro judiciário ou na prisão além do tempo, poderiam atrair a responsabilidade do ente público³⁴⁸.

O entendimento pela responsabilização do Estado pelos atos danosos dos juízes – que romperia com a tese da excepcionalidade, restrita a casos previstos em lei (item 2.3.1) – encontra relevante apoio na doutrina. Defendem-na autores como: Odoné Serrano Júnior³⁴⁹, Giovanni Ettore Nanni³⁵⁰, Oreste Nestor de Souza Laspro³⁵¹, Jacira Nunes Mourão³⁵², Phillipe Ardant³⁵³ e Lafayette Pondé³⁵⁴, este último alegando as mesmas razões trazidas por Cretella Júnior³⁵⁵.

Feitas tais considerações, deve-se averiguar se a (regra geral de) responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, em sendo reconhecida, será objetiva, nos termos do art. 37, § 6.º, da CF.

A doutrina diz que sim³⁵⁶.

³⁴⁷ CRETELLA JÚNIOR, 1980, p. 277.

³⁴⁸ LASPRO, 2000, p. 99.

³⁴⁹ SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 77.

³⁵⁰ NANNI, 1999, p. 115.

³⁵¹ LASPRO, 2000, p. 98-99.

³⁵² STOCO, 2007, p. 1.198.

³⁵³ STOCO, 2007, p. 1.198.

³⁵⁴ STOCO, 2007, p. 1.198.

³⁵⁵ PONDÉ, Lafayette. Da responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 152, 1954, p. 222.

³⁵⁶ Entendendo que a responsabilidade do Estado pelo dano decorrente do erro judiciário é objetiva: NANNI, Giovanni Ettore. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 123. E entendendo pela incidência da teoria

Primeiro, porque, se em determinado ordenamento adota-se a responsabilidade objetiva do Estado *como regra geral* de responsabilidade civil, então não haveria porque não se estender tal regra à atividade jurisdicional, “a menos que exista legislação específica em sentido contrário”. A atividade jurisdicional é serviço público, devendo ser tratada da mesma forma no que tange à responsabilidade civil³⁵⁷.

Para tanto, a leitura do art. 5.º, inc. LXXV, da CF, que fala no erro judiciário, deveria ser combinada com o art. 37, § 6.º, também da CF, que prevê a responsabilidade estatal objetiva, a fim de se aferir a disciplina adequada para a responsabilidade da Fazenda Pública por atos jurisdicionais, que seria sem culpa³⁵⁸. Bastaria a prova do dano e do nexo de causalidade para se aferir a responsabilidade do Estado³⁵⁹, falando-se no elemento subjetivo apenas em relação à responsabilidade regressiva do agente, e quando fosse o caso.

José de Aguiar Dias, ao tratar do assunto, assim se posiciona:

Qualquer que seja o papel do Judiciário, o certo é que os juízes são servidores do Estado e agem em seu nome. E a Constituição, ao cogitar da responsabilidade do Estado, não permite indagação senão sobre a relação de causalidade entre o dano e o serviço público, não devendo haver privilégio para impunidade de um dano causado por ato classificado pelo próprio Judiciário como ilegalidade manifesta³⁶⁰.

Defende o autor a aplicação, como regra geral, da responsabilidade objetiva pelo fato de os magistrados serem servidores públicos, merecendo o mesmo tratamento a esses dispensado. Suas

do risco integral, na sua acepção radical, que denega a possibilidade de se apresentarem causas excludentes: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 2.ª Ed. São Paulo: RT, 1996, p. 145.

³⁵⁷ LASPRO, 2000, p. 95-98.

³⁵⁸ SÉ, João Sento. Responsabilidade civil do Estado pela atividade judiciária na Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da UFBA*. Salvador: vol. 35, 1991, p. 63-64.

³⁵⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do estado por ato jurisdicional*. São Paulo: RT, 1981, p. 34.

³⁶⁰ AGUIAR DIAS, 2006, p. 864.

garantias funcionais, assim, não se prestariam a retirar o seu caráter de funcionário público^{361 362}.

Na jurisprudência – minoritária e mais presente nos tribunais estaduais –, é possível observar casos de aplicação da responsabilidade objetiva como regra geral, equiparando-se o tratamento dado ao Judiciário ao dado aos outros Poderes do Estado.

Na apelação cível n.º 0029417-53.2011.8.26.0053, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi reconhecido o dever do poder público de indenizar sujeito que teve mandado de prisão preventiva *indevidamente* expedido em seu nome. É do corpo do acórdão:

Aplica-se ao caso a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados aos particulares, prevista no artigo 37, § 6.º, da Constituição Federal. Segundo essa vertente, o Estado responde pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sem necessidade de comprovação da culpa dos agentes públicos. Aplica-se quando, em decorrência da *atividade lícita* e esperada da Administração, é causado prejuízo ao particular.

Adota-se, nestes casos, a *teoria do risco administrativo*, que “faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado.” (Hely Lopes Meirelles. **Direito**

³⁶¹ AGUIAR DIAS, 2006, p. 868.

³⁶² Outra razão para amparar a responsabilidade sem culpa do poder público sobre atos do Judiciário reside no fato de que o *caput* do art. 37 da CF de 1988 – que é o artigo onde está prevista a responsabilidade estatal (§ 6.º) – não traz qualquer limitação à amplitude das funções públicas contempladas. Extrai-se do artigo que o seu teor aplica-se a “qualquer dos Poderes”, seja no âmbito da União, Estados ou Municípios, sendo legítimo o encaixe do múnus jurisdicional na sua disciplina³⁶²: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de *qualquer dos Poderes da União*, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte”. (grifou-se).

administrativo brasileiro. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 631)³⁶³.

Chama atenção que, embora tenha destacado a inadequação do pedido de prisão, o que configura o *error in iudicando* – que é, por definição, elemento de responsabilidade subjetiva –, a decisão admitiu a responsabilidade objetiva do Estado, à qual bastaria o dano e o nexo de causalidade para ser configurada. E continua, falando que os requisitos exigidos para se configurar o dever de indenizar são o dano, a conduta lesiva (e não necessariamente ilícita) e o nexo de causalidade. E desde que não tenha ocorrido “força maior, caso fortuito nem culpa exclusiva da vítima”.

Para essa corrente, fica claro que pouco importa o componente subjetivo (a ilicitude do ato ou a falta do serviço), sendo que a atividade danosa lícita pode fundamentar a obrigação de indenizar, visto que resultou em dano para uma das partes.

No mais, propõe-se um breve aparte para ressaltar que a análise da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais exige alguns cuidados, pois nem todo ato enseja a sua caracterização.

Caio Mario da Silva Pereira ensina que “o fato jurisdicional regular não gera responsabilidade civil do juiz, e portanto a ele é imune o Estado”³⁶⁴. E Carlos Roberto Gonçalves escreve que o prejuízo decorrente da simples perda em uma ação judicial não enseja a

³⁶³ TJSP, AC 0029417-53.2011.8.26.0053, de São Paulo, Rel. Des. MOACIR PERES, SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, julgado em 05/08/2013, DJ 11/08/2013.

No mesmo sentido, acórdão do Tribunal Regional Federal da 2.^a Região decidiu, em caso de dano proveniente de sentença, pela responsabilidade objetiva do Estado, com base no art. 37, § 6.º, da CF, desconstituindo o ato jurisdicional e fazendo o processo retornar à origem para seu processamento. Extrai-se da ementa:

“II - Dispõe o art. 37, § 6º, da Carta Magna atual que (...)

III - Havendo relação de causa e efeito entre a atividade do agente público ("sentido lato") e o dano causado ao particular, responde a Administração pelo mesmo, a qual, todavia, tem o direito de regresso. Sendo assim, torna-se desnecessário que o Autor inclua no pólo passivo da demanda o magistrado que proferiu a decisão”. TRF 2, AGRAVO INTERNO EM AC 2004.51.01.009430-4, Rel. Des. Fed. SERGIO SCHWAITZER, SÉTIMA TURMA, julgado em 18/04/2007, DJ 08/05/2007.

³⁶⁴ PEREIRA, 1989, p. 151.

responsabilização do Estado pelo ato, a não ser que tenha havido erro, falha ou demora na prestação jurisdicional³⁶⁵.

Do contrário, toda sentença ou decisão que fosse reformada incidiria em erro judiciário, atraindo reparação³⁶⁶. Mostra-se teratológico que a decisão fundamentada em um determinado entendimento possa, como regra apriorística, ser objeto de ação indenizatória, e não apenas da utilização das vias recursais disponíveis.

Assim, o dano indenizável não se manifesta com a simples prolação de decisão desfavorável a uma das partes, até porque é absolutamente natural que o resultado da demanda privilegie um dos contendores em detrimento do outro, prejudicando-lhe. O dano deve ir além: deve macular um direito subjetivo da vítima, e ter, comprovadamente, decorrido da atividade jurisdicional prestada pelo ente público.

Dessa necessidade, extrai-se a obrigatoriedade de se comprovar o nexo de causalidade. Fixada a obrigatoriedade de o dano advir do desempenho da atividade jurisdicional, pode ele ser resultado tanto da conduta comissiva ou omissiva do magistrado ou de falha na estrutura do ente público³⁶⁷.

No primeiro caso, paralelamente à culpabilidade do juiz, deve-se perquirir o quanto a vítima – pela sua conduta desidiosa, por exemplo – contribuiu para o resultado danoso por ela mesma experimentado. A

³⁶⁵ GONÇALVES, 2014, p. 211.

³⁶⁶ Afastando a responsabilidade decorrente de decisão simplesmente reformada, assevera a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina: “A reforma da sentença condenatória na instância superior não se confunde com o erro judiciário a que alude o inc. LXXV do art. 5º da Constituição da República. Interpretação diferente implicaria a total quebra do princípio do livre convencimento do juiz e afetaria irremediavelmente sua segurança para avaliar e valorar as provas, bem assim, para adotar a interpretação da lei que entendesse mais adequada ao caso concreto”. TJSC, AC 2014.030868-6, de Itajaí, Rel. Des. Subst. STANLEY DA SILVA BRAGA, TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014. No mesmo sentido: TJSC, AC 2010.046520-7, de Indaial, Rel. Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA, QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, julgado em 24/02/2011, DJe 09/03/2011; TJSC, AC 2007.039746-1, da Capital, Rel. Des. Rodrigo Collaço, QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, julgado em 29/07/2010, DJe 06/08/2010; TJSC, AC 2004.034718-2, de Mafra, Rel. Des. LUIZ CÉSAR MEDEIROS, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, julgado em 22/03/2005, DJ 20/04/2005.

³⁶⁷ Nesse último caso, Cavalieri Filho entende estar se tratando de atividade judiciária do Estado, regida pelo art. 37, § 6º, da CF.

conclusão pode minimizar a responsabilidade do agente público e do próprio Estado com base na causalidade concorrente ou até mesmo exclusiva do prejudicado.

E no segundo caso, a possibilidade de se abrandar a responsabilidade é menos plausível, tendo em vista a dificuldade de se verificar concausas, como a culpa da vítima. Nessas hipóteses, onde há uma falha despersonalizada, é mais clara e facilmente visível a responsabilidade do poder público, que é subjetiva, não havendo margem para suscitar elementos que a relativizem.

Encerrado o adendo, e diante de todas as considerações feitas neste tópico, traz-se, para organizar as informações, síntese de José Cretella Júnior exprimindo os aspectos da responsabilidade objetiva do Estado por atos jurisdicionais como regra geral. Pela sua característica arrematadora, clareza e atualidade – muito embora escrito sobre a égide de outra Constituição, mas de orientação semelhante à atual –, o excerto merece ser aqui reproduzido para conclusão deste assunto:

a) a responsabilidade do Estado por atos judiciais é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público; b) as funções do Estado são funções públicas, exercendo-se pelos três Poderes; c) o magistrado é órgão do Estado; ao agir, não age em seu nome, mas em nome do Estado, do qual é representante; d) o serviço público judiciário pode causar dano às partes que vão a juízo pleitear direitos, propondo ou contestando ações (cível); ou na qualidade de réus (crime); e) o julgamento, quer no crime, quer no cível, pode consubstanciar-se no erro judiciário, motivado pela falibilidade humana na decisão; f) por meio dos institutos rescisório e revisionista é possível atacar-se o erro judiciário, de acordo com as formas e modos que a lei prescrever, mas, se o equívoco já produziu danos, cabe ao Estado o dever de repará-los; g) voluntário ou involuntário, o erro de consequências danosas exige reparação, respondendo o Estado civilmente pelos prejuízos causados; se o erro foi motivado por falta pessoal do órgão judicante, ainda assim o Estado responde, exercendo a seguir o direito de regresso sobre o causador do dano, por dolo ou culpa; h) provado o dano e o nexo causal entre este e o

órgão julgante, o Estado responde patrimonialmente pelos prejuízos causados, fundamentando-se a responsabilidade do Poder Público, ora na culpa administrativa, o que envolve também a responsabilidade pessoal do juiz, ora no acidente administrativo, o que exclui o julgador, mas empenha o Estado, por falha técnica do aparelhamento judiciário³⁶⁸.

2.4 ATIVIDADE JUDICIAL DANOSA E ERRO JUDICIÁRIO

Como visto nos itens 2.2 e 2.3, atualmente, e ao menos na teoria, não há dificuldades em se reconhecer que o exercício da atividade judicial pode ocasionar danos aos jurisdicionados³⁶⁹. Tais danos podem ser motivados por toda uma sorte de possibilidades, as quais não podem ser postas em rol *numerus clausus*³⁷⁰. Os principais casos de atividades danosas trazidos pela doutrina compreendem o erro judiciário, a prisão além do tempo e a demora na prestação jurisdicional^{371 372}.

³⁶⁸ CRETELLA JÚNIOR, *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*, 1970, 31-32. Destaca-se, apenas, que, embora Cretella Júnior fale em “culpa administrativa”, e que esta seja conceito que envolve responsabilidade subjetiva, (item 1.3.3.1), é possível extrair que o autor trata da responsabilidade objetiva, porquanto escreve que, “provado o dano e o nexo causal entre este e o órgão julgante, o Estado responde patrimonialmente pelos prejuízos causados”.

³⁶⁹ Odoné Serrano Júnior cita que não só aos jurisdicionados o juiz pode causar danos ao desempenhar a função jurisdicional, mas também à sociedade, ao Estado, ao prestígio da justiça e ao prestígio da própria classe dos magistrados e demais agentes judiciários. SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 149.

³⁷⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro elenca as seguintes hipóteses: “prisão preventiva decretada contra quem não praticou o crime, causando danos morais; a não concessão de liminar nos casos em que seria cabível, em mandado de segurança, fazendo perecer o direito; retardamento injustificado de decisão ou de despacho interlocutório, causando prejuízo à parte. A própria concessão de liminar ou de medida cautelar em casos em que não seriam cabíveis pode causar danos indenizáveis pelo Estado”. DI PIETRO, 2015, p. 807.

³⁷¹ Joel Dias Figueira Júnior localiza os atos judiciais que ensejam responsabilidade de acordo com a fase do processo. Para o autor, na instrução, situam-se os atos omissivos, como a recusa ou o retardamento promovidos pelo juiz. Na fase decisória, tem-se os erros técnicos, que são os erros judiciários propriamente ditos. E na execução podem ser percebidos todos esses atos. FIGUEIRA JÚNIOR, 1995, p. 51.

No presente estudo, dar-se-á ênfase à descrição do erro judiciário, visto ser a principal causa de danos indenizáveis decorrentes de ato judicial³⁷³.

O erro judiciário consiste no equívoco ou desvio, verificado em sentença ou decisão interlocutória, que causa dano indenizável a pelo menos uma das partes do processo³⁷⁴. Tal erro, ampliando a divisão estanque proposta por Figueira Júnior³⁷⁵, pode ser observado na condução do processo (erro de procedimento ou *error in procedendo*) ou na sua fase decisória (erro de julgamento ou *error in iudicando*).

Parte da doutrina entende que apenas o erro judiciário presente no processo criminal está contemplado no art. 5.º, inc. LXXV, da Carta Maior³⁷⁶, chegando a usar o termo “erro judiciário” como sinônimo de “erro judiciário criminal”. Assim entendem pela conjugação do inciso com o art. 630 do Código de Processo Penal, segundo o qual:

³⁷² O dolo ou a fraude do magistrado também costumam ser elencados quando se fala de atividade judicial danosa. Essas situações serão analisadas ao se tratar da responsabilidade civil e pessoal do juiz, na seção 2.5 do presente trabalho.

³⁷³ De se ressaltar que a doutrina e a jurisprudência admitem a indenização por danos advindos da manutenção de preso além do tempo fixado na decisão, seja ela sentença ou não. CAHALI, 2012, p. 474 e 483-486. Para aprofundamento do tema referente à prisão além do tempo, ver: CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 474-490.

Já a indenização pela morosidade processual é tema controverso na doutrina e pouco reconhecido pelos Tribunais. SILVA, Ivan de Oliveira. *A Morosidade Processual e a Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Editora Pillares, 2004, p. 131-132. Para aprofundamento do tema referente à demora na prestação, ver a obra na íntegra: SILVA, Ivan de Oliveira. *A Morosidade Processual e a Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Editora Pillares, 2004.

³⁷⁴ De acordo com Luiz Antonio Soares Hentz, o erro judiciário abarca apenas a atividade jurisdicional (espécie; função típica do Poder Judiciário), e não os atos do Judiciário de cunho administrativo ou legislativo (do gênero “judiciárias”). HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização do erro judiciário*. São Paulo: LEUD, 1995, p. 17-19.

³⁷⁵ Ver nota de rodapé n.º 371.

³⁷⁶ SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: ano 79, n.º 652, fev. 1990, p. 37.

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

§ 1^o 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.

§ 2^o 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. (grifou-se).

De fato, o erro judiciário criminal é mais fácil de ser percebido, sobretudo nos casos de crimes de grande repercussão e de evidente injustiça.

O célebre caso dos irmãos Naves, ocorrido no Brasil na primeira metade do século XX, é exemplo elementar de como pode ser fácil reconhecer o erro judiciário de natureza criminal.

Em resumo³⁷⁷, dois irmãos foram condenados à prisão pelo homicídio de um terceiro homem. Um deles faleceu no cárcere, e o outro, que se tornou “mentalmente perturbado” na cadeia, foi, após longo período privado de sua liberdade, solto em virtude de a suposta vítima ter sido encontrada viva. Diante do absurdo do caso, foi acolhida a revisão criminal para reconhecer a inexistência de crime, e o Estado foi condenado, devidamente, a indenizar o inocente sobrevivente pelos danos morais sofridos pelos anos de emprisonamento injusto^{378 379}.

³⁷⁷ Para versão detalhada do caso, ver: Ronaldo Brêtas de Carvalho. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 184-185.

³⁷⁸ Outro caso de destaque, anterior ao dos irmãos Naves, foi a condenação à morte, por homicídio, do capitão Mota Coqueiro, sendo que 20 anos após a execução de sua pena, um escravo confessou a autoria. Esse caso motivou alteração no Código de Processo Penal brasileiro, a fim de autorizar a indenização pelo erro. Para versão detalhada do caso, ver: DIAS, *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, 2004, p. 184-185.

³⁷⁹ Na França, a alteração no CPP decorreu do caso *Dreyfus*, que motivou a alteração na legislação de outros países. Para versão detalhada do caso,

Vê-se que a prisão de inocente é exemplo bem elucidativo da facilidade de se reconhecer o erro judiciário criminal, pois mostra que, além do patrimônio, o erro pode afetar a pessoa e seus direitos individuais (liberdade, honra, dignidade humana, entre outros), além da honra dos familiares.

Se, na seara criminal, o erro tem consequências mais gravosas, sobretudo por comprometer a liberdade dos sujeitos, nas ações cíveis, que comprometem precipuamente o seu patrimônio, dificultando o pronto reconhecimento do erro, tem-se o abrandamento da concepção de erro judiciário, aproximando-se da ideia comum de “decisão errada”³⁸⁰. Desse modo, e até mesmo porque a jurisdição é una, não se justificando diferenciações entre esferas de competência³⁸¹, também nas ações cíveis podem ser verificados os erros judiciários, causadores de danos indenizáveis aos litigantes³⁸².

Nesse sentido, é possível admitir que o erro judiciário, cível ou criminal, caracteriza-se quando houver: erro ou ignorância do juiz; dolo, simulação ou fraude do juiz; culpa do juiz; decisão contrária às provas produzidas; erro não imputável ao julgador; ou interpretação ou aplicação errada de lei³⁸³. Trata-se de hipóteses bastante amplas as que ensejam a configuração do erro judiciário³⁸⁴ – e, portanto, a responsabilidade civil do Estado –, pois podem envolver desde casos de conduta dolosa do magistrado a casos de mera opção por uma determinada corrente de pensamento sobre determinada matéria ou de erros aos quais não deu causa o julgador.

De acordo com essa visão, o ato judicial ensejador da responsabilidade, comissivo ou omissivo, pode advir não só do dolo ou culpa do magistrado, mas também de atos lícitos e realizados de boa-fé,

consultar: DIAS, *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, 2004, p. 183-184.

³⁸⁰ PEREIRA, 1989, p. 152.

³⁸¹ LASPRO, 200, p. 215.

³⁸² DERGINT, 1994, p. 164. Alberto Bittencourt Cotrim Neto estende, expressamente, também às questões trabalhistas, militares e eleitorais a responsabilidade por erro judiciário. COTRIM NETO, 1995, p. 45.

³⁸³ HENTZ, 1995, p. 29-39.

³⁸⁴ O conceito de erro judiciário pode contemplar diversos conceitos. Não seria errado considerar erro judiciário a prisão além do tempo, por exemplo, mesmo a lei e a doutrina separando expressamente os conceitos e os analisando isoladamente.

e equívocos escusáveis³⁸⁵. Não se exige para caracterizar o erro, necessariamente, a participação do julgador ou a indicação da sua identidade, até porque, como bem exprimiu Pontes de Miranda, “a responsabilidade do Estado pode existir, ainda que não exista a responsabilidade do juiz”³⁸⁶.

A repreensão ao erro mostra-se ainda mais evidente pelo fato de que o art. 5.º, inc. LXXV, da CF, prevê-o expressamente. Tal previsão, ao apontar o “erro judiciário”, dificulta, atualmente, a aceitação da tese da irresponsabilidade nos casos de atos jurisdicionais. Além disso, o dispositivo constitucional não limita ou define o conceito, tratando-o de forma ampla, havendo espaço para incluir como “erro judiciário” os equívocos ocorridos em ações de qualquer natureza, em todas as fases do processo.

Restringindo o conceito de “erro judiciário”³⁸⁷ e as hipóteses sugeridas por Luiz Antonio Soares Hentz, Rui Stoco adverte que “apenas o erro substancial e inescusável, plasmado no dolo, na fraude ou na culpa *stricto sensu*, poderá empenhar responsabilidade do Estado por erro judiciário”.

Salienta o autor que, embora consistam *error in iudicando*, a má subsunção entre fato e norma ou a interpretação equivocada não atraem a responsabilidade do Estado se não acompanhadas da intencionalidade (dolo ou fraude) ou da culpa na conduta do julgador³⁸⁸. Consistem em erros de julgamento que não se confundem com o conceito de erro judiciário, porquanto não atraem a responsabilidade estatal, podendo-se afirmar que não é todo *error in iudicando* que atrai a indenização³⁸⁹.

Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho, criticando a amplitude que parte da doutrina tem procurado dar ao erro judiciário, defende que:

Nem sempre será tarefa fácil identificar o erro, porque para configurá-lo não basta a mera

³⁸⁵ Equívocos escusáveis em ações cíveis, como o conhecimento tardio de fatos relevantes para o julgamento, os quais mudariam o sentido do *decisum*, podem ou não atrair a responsabilidade do Estado. DIAS, *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, 2004, p. 189-190.

³⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1974, p. 398.

³⁸⁷ Não a sua abrangência em relação à natureza ou matéria do Direito, mas em relação às formas pelas quais pode manifestar-se.

³⁸⁸ E a responsabilidade do juiz apenas com dolo ou fraude. STOCO, 2007, p. 1.187.

³⁸⁹ STOCO, 2007, p. 1.188.

injustiça da decisão, tampouco a divergência na interpretação da lei ou na apreciação da prova. Será preciso uma decisão contrária a lei ou a realidade fática, baseada em fatos falsos, irrealis, inexistentes, e não em simples erro de perspectiva; falsa percepção ou interpretação dos fatos, como, por exemplo, condenação de pessoa errada, aplicação de dispositivo legal impertinente, ou o indevido exercício da jurisdição, motivada por dolo, fraude ou má-fé³⁹⁰.

Dessa maneira, “o erro judiciário não ocorre quando a decisão judicial esteja suficientemente fundamentada e obediente aos pressupostos que a autorizam”³⁹¹. Não se pune “o erro de perspectiva ou o mero erro de enquadramento”, pois não se trataria, nesses casos, do erro judiciário elevado à condição de preceito constitucional.

E continua, afirmando o caráter subjetivo que permeia o conceito de erro judiciário – que, inclusive, manifesta-se nos casos de culpa anônima, ou seja, quando o serviço não tenha sido prestado, ou tenha sido mal prestado ou prestado tardiamente, recaindo na responsabilidade com culpa –, e fazendo críticas à ausência de especificação, pela lei, do que consistiria o referido erro:

O erro há de qualificar-se como erro intencional ou culposo, aquele que não se admite, sendo, portanto, inescusável, sendo certo que tanto a desídia quanto a omissão se enquadram nesse conceito³⁹².

Inobstante a análise restritiva, é possível reconhecer, como já se viu, a menção e reprimenda ao erro judiciário em previsão constitucional expressa. Com isso, diante de toda a divergência doutrinária sobre os seus atributos, poder-se-ia dizer que a dificuldade atual não reside em averiguar se o erro do juiz pode ou não atrair a responsabilidade do Estado, mas em definir o que, de fato, compreende erro judiciário indenizável, uma vez que a Constituição não o define ou limita.

Vislumbra-se que o erro judiciário consiste em um risco da prestação jurisdicional. E, conforme consta da obra de Yussef Said

³⁹⁰ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 323-324.

³⁹¹ MEIRELLES, 2014, p. 773.

³⁹² STOCO, 2007, p. 1.188.

Cahali, “não se pode conceber que o jurisdicionado, tanto na jurisdição cível como na penal, assuma o risco de um eventual erro judiciário”³⁹³. Assim, uma vez observado, o erro não deve ser ignorado pela Justiça, não podendo a vítima ficar refém dos equívocos dos magistrados e suportar os efeitos de uma decisão injusta.

Em face dessa preocupação, o entendimento que vem ganhando força atualmente, na doutrina e na jurisprudência, prevê que esse risco deve, cada vez mais, ser assumido pelo Estado (coletividade), compensando-se os danos sofridos pelos cidadãos isoladamente³⁹⁴. Desse modo, como a responsabilização do Estado pelo erro transfere para ele ônus que poderia recair sobre uma das partes – e como o ente estatal é sustentado pela coletividade, e a esta representa –, então é possível concluir que a indenização provirá do patrimônio público.

Tal constatação, por sua vez, ao onerar toda a sociedade, não cria situação injusta. A verdadeira injustiça estaria em ver a parte prejudicada arcando, sozinha, com prejuízos que lhe foram infligidos pelo Estado, e cujos efeitos lhe seriam muito mais gravosos que a assunção seria para a coletividade. Como bem notou José de Aguiar Dias, trata-se da evocação do princípio solidarista, que busca afastar, cada vez mais, os entraves conducentes a não responsabilização, em nome da proteção da vítima e da igualdade dos encargos sociais³⁹⁵.

2.4.1 (Des)necessidade de declaração prévia para reconhecer o erro judiciário: revisão criminal e ação rescisória

Assentada a possibilidade de haver erros judiciários nas diversas áreas do direito, cabe analisar se, para a formação do erro, exige-se ou não prévio e específico pronunciamento jurisdicional declarando que o erro judiciário ocorreu.

Com efeito, para solucionar a questão, parte da doutrina leva em conta que, tanto o fundamento da revisão criminal, quanto o fundamento da rescisória diferem do fundamento do processo de indenização do Estado.

³⁹³ CAHALI, 2012, p. 511. Justifica-se a não assunção do risco dizendo que o erro “advém de um serviço público que, além de ser imposto aos indivíduos, é prestado em benefício de toda a coletividade (ainda que indiretamente)”.

CAHALI, 2012, p. 511.

³⁹⁴ CAHALI, 2012, p.

³⁹⁵ AGUIAR DIAS, 2006, p. 857.

Na ação indenizatória motivada pelo erro judiciário, o objeto consiste no fato de que, em virtude de falha da prestação jurisdicional (decisão errada), o demandante sofreu prejuízos indevidos, que não deveria suportar. Nela, não se pretende a modificação do ato, sendo necessário provar somente os pressupostos de responsabilidade civil, fixando-se a condenação monetariamente.

Já na ação autônoma, o que se busca é justamente a alteração da decisão, sendo restritas e excepcionais as suas hipóteses de incidência, previstas no art. 621 do CPP (revisão criminal)³⁹⁶ e no art. 485 do CPC (rescisória)³⁹⁷. Não se busca qualquer indenização, mas a mudança do julgamento, com a recuperação do *statu quo* ou a formação de novos efeitos.

Por esse motivo, os defensores dessa corrente entendem que a ação autônoma não seria exigida como requisito para a indenizatória.

³⁹⁶ “Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

³⁹⁷ “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”.

Alegam que tais ações são amparadas por fundamentos diferentes e independentes, sendo plenamente possível que uma decisão injusta se perpetue, e o poder público seja condenado a compensar os seus efeitos danosos mesmo se já tiver sido formada a coisa soberanamente julgada. Nesse caso, o prejuízo não poderia mais ser revertido de forma direta, de modo que deveria ser mantido o erro judicial, e fixada compensação em dinheiro (perdas e danos) em favor do prejudicado, a ser paga pelo Estado. Com isso, poder-se-ia dizer que consiste direito da parte, mesmo se não utilizar o prazo para a revisão, ser indenizada pelos danos indenizáveis experimentados a partir do erro do julgador.

Igualmente, entende-se que a ação autônoma não seria exigida como requisito para a indenizatória porque inexistiria dispositivo legal exigindo a rescisão antecipada da decisão³⁹⁸. Aduz-se que isso se justifica pelo fato da reparação dos danos por erro judiciário ser direito constitucional dos jurisdicionados, não sendo estipulada qualquer condição à concessão da indenização pelo art. 5.º, inc. LXXV, da CF.

No mesmo sentido, José de Aguiar Dias também entende correta a inexigibilidade de tal condição, acrescentando que o art. 5.º, inc. LXXV, da CF, “rompeu com a lamentável restrição aparente contida no Código de Processo Penal, no sentido de subordinar a reparação pelo erro judiciário a prévia revisão criminal”³⁹⁹.

Em oposição ao entendimento anterior, parte da doutrina admite que o erro judicial dependeria de ação autônoma para ser reconhecido, de modo que, formada a coisa soberanamente julgada, não mais seria possível o ressarcimento em face do Estado. Referido reconhecimento, que pode influir no reconhecimento da responsabilidade do Estado, poderia ser obtido quando formada a coisa julgada⁴⁰⁰, mediante a propositura da revisão criminal ou da ação rescisória.

Para tanto, Amaro Cavalcanti sustenta que é possível falar em responsabilidade do Estado nos casos em que a revisão criminal seja julgada procedente – ou seja, quando for reconhecido o erro

³⁹⁸ NANNI, 1999, p. 127. Na mesma linha: BUZAID, Alfredo. Da responsabilidade do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: vol. 3, n.º 9, jan./mar. 1978, p. 30; GRINOVER, Ada Pellegrini. A responsabilidade do juiz brasileiro. In: *ESTUDOS de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 11.

³⁹⁹ AGUIAR DIAS, 2006, p. 882-883.

⁴⁰⁰ Coisa julgada, aqui, refere-se à primeira acepção (modalidade) trazida no item 2.2.4, que admite a alteração do *decisum* via ação autônoma. Difere de coisa soberanamente julgada.

judiciário⁴⁰¹. No mesmo sentido, Pedro Lessa⁴⁰² e Lino de Morais Leme⁴⁰³ também restringem as hipóteses de responsabilização, incluindo nesse espectro, junto à revisão criminal, os casos de acolhimento da ação rescisória⁴⁰⁴.

Enfocando na seara cível, ensina Sergio Cavaliere Filho:

Como reputar errada uma sentença transitada em julgado se ela é a lei do caso concreto, a vontade do Estado para determinada relação jurídica? Como provar que a decisão está errada sem o processo de rescisão? Como poderá a sentença remanescer entre as partes e ser considerada errada em face do Estado? A razão neste ponto está como insigne Arruda Alvim: "Vale dizer, se há coisa julgada, enquanto esta estiver de pé, isto se constitui em elemento inibitório da responsabilidade civil do Estado; se passar o prazo dentro do qual poderia ter sido proposta ação rescisória e isto não ocorreu, não mais se poderá - em processo civil - falar em responsabilidade do Estado, salvo, eventualmente, se o Poder Judiciário, através do juiz, atentar conscientemente contra a coisa julgada anterior, causando danos. Por outras palavras, estando de pé o ato jurisdicional e não havendo meios para que o mesmo seja derrubado, tal se constitui em fator inibitório da responsabilidade civil do Estado" (Código de Processo Civil comentado, v. V/308)⁴⁰⁵.

Importante salientar que, tratando-se de ação criminal que tenha supostamente causado dano a uma das partes, a aferição desse dano e a

⁴⁰¹ CAVALCANTI, 1956, p. 351.

⁴⁰² LESSA, 1915, p. 164-165.

⁴⁰³ LEME, Lino de Morais. *Da responsabilidade civil fora do contrato: ensaio*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1927, p. 102-103.

⁴⁰⁴ Também condicionando o reconhecimento de erro judiciário à propositura e julgamento de procedência da ação rescisória: BARROS, Octávio Augusto Machado de. *Responsabilidade pública*. São Paulo: RT, 1956, p. 63-64; SILVA, Juary C. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: vol. 351, jan. 1965, p. 29.

⁴⁰⁵ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 324.

indenização somente poderiam ser analisadas no âmbito cível, diferenciando-se a *correção* do erro (penal) da *reparação* do erro (civil).

O reconhecimento do erro cometido em ação penal, contudo, deve ser prévio à discussão na seara civil, tendo que ser promovido na ação revisional criminal, condicionado a pedido expresso do autor nesse sentido, vedando-se a declaração *ex officio*. Para tanto, pode-se dizer que não são aprioristicamente equivalentes a procedência da revisão (desconstituição da coisa julgada) e o reconhecimento do erro judiciário, podendo haver casos nos quais a decisão seja desconstituída, mas não se vislumbre o erro.

Quando do ajuizamento da ação de reparação no cível, então, o erro já deve ter sido constituído, não sendo tal ação instrumento adequado para reconhecê-lo. Tal reconhecimento deve ocorrer na ação que desconstituiu a coisa julgada no juízo competente⁴⁰⁶.

Há, inclusive, quem entenda que alguns casos exigem a ação autônoma, e outros não. Autores como José Cretella Júnior e Sergio Cavalieri Filho defendem, como regra, que a sentença de mérito seja desconstituída para que possa ter lugar a indenização por erro. No entanto, nos casos de danos imediatos, visíveis desde logo, não haveria essa necessidade, devendo o Estado repará-los sem o ajuizamento da ação⁴⁰⁷. A ação serviria para reconhecer o erro e, de conseguinte, o seu dano. Quando esse fosse óbvio, aparente, então não haveria necessidade de declarar a sua ocorrência.

Diante dos elementos expostos, denota-se a inconclusão da doutrina acerca da (des)necessidade da declaração do erro judiciário, havendo argumentos ponderáveis de ambos os lados.

Para tanto, mostra-se mais cauteloso – e não necessariamente mais acertado – exigir-se a revisão ou a rescisão a fim de se garantir maior segurança para o reconhecimento do erro. Nessas situações, o erro seria reconhecido pelo juízo de origem, que foi o responsável por analisar o caso concreto e, em tese, conhece-o a fundo, o que representaria, em última instância, medida de precaução em favor do patrimônio público.

No mais, adverte-se que decisões que não podem fazer coisa julgada (interlocutórias, por exemplo) podem atrair a responsabilização

⁴⁰⁶ STOCO, 2007, p.

⁴⁰⁷ Como, por exemplo: “o excesso de tempo de prisão por omissão, esquecimento ou equívoco; prisão da pessoa errada por homonímia; atos praticados com abuso de autoridade - prisão sem formalidades legais, não relaxamento de prisão ilegal”. CAVALIERI FILHO, 2014, 324.

do Estado. E os atos omissivos e a morosidade na condução do processo, e não só o erro judicial, também podem ensejar indenização quando causarem danos.

2.5 RESPONSABILIDADE CIVIL E PESSOAL DO JUIZ NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Como se viu, parte da doutrina entende que a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais encontra-se prevista no art. 37, § 6.º, e no art. 5.º, inc. LXXV, ambos da CF. O primeiro dispositivo estabelece a regra geral da responsabilidade civil do Estado (objetiva), cuja aplicação estende-se aos Três Poderes, e, regressivamente, a responsabilidade pessoal do agente causador do dano (subjativa). Já o segundo, prevê expressamente a indenização do Estado em casos específicos, quando se tratar de erro judiciário ou de prisão além do tempo.

A legislação infraconstitucional, por sua vez, também reconhece situações de indenização por danos decorrentes da função jurisdicional, precipuamente no art. 133 do Código de Processo Civil e art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Esses artigos, de redações quase idênticas, tratam da responsabilidade pessoal do juiz, estabelecendo as hipóteses fáticas de sua incidência, em nada interferindo “na responsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes”⁴⁰⁸.

Tratando da diferença e separação entre a responsabilidade civil do Estado e do juiz, escreve Arruda Alvim:

Se, de uma parte, é bastante restrita a responsabilidade pessoal dos juízes, o que não exclui a responsabilidade civil do Estado, naquelas hipóteses em que se configure a responsabilidade dos juízes, devemos observar, por outro lado, que a responsabilidade do Estado, prescindindo-se da responsabilidade civil do juiz, de índole pessoal, é algo mais ampla. Na realidade, entende-se como doutrina corrente que o Estado há de ser responsável por atos dos juízes pelo que estes, pessoalmente, todavia também o sejam, nos casos expressos em lei⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ CAHALI, 2012, p. 502.

⁴⁰⁹ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, p. 300.

Antes, contudo, de se analisar os dispositivos atinentes à responsabilidade pessoal do julgador, e de relacioná-los às previsões constitucionais, devem ser feitas algumas considerações.

2.5.1 Delimitação da responsabilidade civil e pessoal do julgador no exercício da função jurisdicional

O primeiro esclarecimento consiste em diferenciar os tipos de responsabilidade jurídica pessoal dos juízes, que podem ser penal, disciplinar ou civil⁴¹⁰.

Em razão de sua condição de agente público, órgão do Poder Judiciário e membro da carreira da magistratura, o juiz pode cometer crimes próprios, tipificados como conduta antijurídica⁴¹¹. A responsabilidade penal presta-se, justamente, a punir o agente delituoso, infligindo-lhe as penas previstas na legislação criminal, como a restrição de liberdade, de acordo com a gravidade de sua conduta⁴¹².

Por serem agentes políticos, os magistrados gozam, nesta seara, de foro de prerrogativa de função (foro privilegiado), somente podendo ser julgados, nos casos de crimes comuns e crimes de responsabilidade, pelos órgãos superiores de jurisdição⁴¹³. Tal imunidade, por ser relativa ao cargo, e não à pessoa que o exerce, não viola o princípio da isonomia (art. 5.º, *caput*, da CF), justificando-se para preservar a independência do agente político⁴¹⁴.

⁴¹⁰ LASPRO, 2000, p. 152-170.

⁴¹¹ Crimes próprios são delitos que somente podem ser cometidos por autores que possuam determinada posição jurídica, como os funcionários públicos MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, Arts. 1.º a 120 do CP. Vol. 1. 26.ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 121.

⁴¹² A condenação criminal dos magistrados é, historicamente, mais pesada que crimes semelhantes cometidos por outros sujeitos, o que justifica a parcimônia redobrada com que se deve aferir a sua responsabilidade penal. LASPRO, 2000, p. 152.

⁴¹³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10.ª Ed., rev. e atual. até setembro de 1999. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000, p. 66-67.

⁴¹⁴ “O magistrado, no exercício do ofício judicial, goza da prerrogativa de foro especial, de previsão constitucional. Ocorre que a garantia não visa garantir a pessoa do juiz. Não é uma garantia a este voltada. Ao contrário, tal garantia é dirigida aos jurisdicionados, na medida em que assegura ao juiz o livre desempenho de suas funções”. STF, RE 549560/CE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 22/03/2012, DJe

É exemplo de responsabilidade criminal, por exemplo, o caso do juiz que, com abuso de poder, interferiu junto à polícia em inquérito policial instaurado para apurar o cometimento dos crimes de furto e maus-tratos pela cuidadora do avô de sua namorada.

Posteriormente, ele no feito e, ao recebê-lo, decretou a prisão temporária da acusada, sem se declarando suspeito. Aduz-se que o magistrado, que também era Corregedor, interferiu maliciosamente nas investigações, tendo manobrado para que fosse garantido o reconhecimento do crime (ele, inclusive, teria inicialmente sugerido a tipificação do fato como homicídio).

O STJ, concordando com a decisão do TJSP que decidiu pela viabilidade da acusação, denegou a ordem requerida, reconhecendo que a conduta se amolda perfeitamente ao crime de prevaricação – “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”⁴¹⁵ –, consubstanciado no beneficiamento, em virtude da condição profissional do agente, de sua namorada e familiares⁴¹⁶.

Trata-se, pois, ainda que a partir de análise perfunctória dos fatos, do cometimento de prevaricação, punível com pena de detenção e de multa.

Já na responsabilidade disciplinar, também se busca a punição do magistrado, porém no âmbito administrativo (disciplinar), e sem a possibilidade de pena restritiva de liberdade. Atos cometidos no exercício da profissão ou até mesmo fora dele podem ensejar o seu reconhecimento. Outrossim, ao contrário do que ocorre na

30/05/2014. Nesse caso, o Tribunal Pleno decidiu pela perda da prerrogativa de função do juiz quando do fim do seu exercício mesmo que o crime tenha sido cometido durante o exercício. Muito menos haveria foro privilegiado sobre crime cometido por juiz aposentado, limitando-se a competência ao exercício da função e enquanto esta perdurar (cf. Súmula 451, STF: “a competência especial por prerrogativa de função não se estende ao crime cometido após a cessação definitiva do exercício funcional”). No mesmo sentido: STF, RE 546609/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 22/03/2012, DJe 30/05/2014 (julgado na mesma sessão do anterior); STF, RHC 7.360/MA, Rel. Min. VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 28/04/1998, DJ 18/05/1998, p. 152.

⁴¹⁵ Art. 319 do Código Penal.

⁴¹⁶ STJ, HC 64.647/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2007, DJ 21/05/2007, p. 599. Veja-se que o fato criminoso não corresponde, em nenhum momento, à falta de declaração de sua suspeição, haja vista tal abstenção não estar tipificada como crime.

responsabilidade penal, não é possível catalogar as hipóteses de incidência da disciplinar, devendo a análise casuística determinar se haverá ou não alguma reprimenda.

Destaca-se, neste ponto, a atuação do Conselho Nacional de Justiça, órgão criado pela Emenda Constitucional (EC) n.º 45, de 2004 e integrante do Poder Judiciário⁴¹⁷, ao qual compete:

O controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura⁴¹⁸.

Perceba-se que a atuação do CNJ não é função jurisdicional, podendo seus atos ser revistos pelo STF, ainda que em ocasiões restritas⁴¹⁹, sem se retirar a sua condição de órgão de natureza exclusivamente administrativa⁴²⁰.

É exemplo de situação que atrai responsabilidade disciplinar a ocupação, por magistrado, de cargo de direção ou técnico em instituição não vinculada à sua classe profissional (art. 36, inc. II, da LOMAN).

No caso concreto, o Corregedor-Geral de Justiça do Estado do Acre notificou juiz para exonerar-se do cargo de Grão-Mestre da Grande Loja Maçônica do Estado do Acre, “sob pena de remessa dos autos à Corregedoria-Geral da Justiça para abertura de procedimento disciplinar em caso de contumácia”. O magistrado negou-se ao cumprimento da notificação, exercendo a judicatura e a liderança na instituição em concomitância. Além disso, impetrou mandado de segurança contra o

⁴¹⁷ Art. 92, inc. I-A, da CF.

⁴¹⁸ Art. 103-B, § 4.º, *caput*, da CF. Nesse dispositivo, há sete incisos prevenindo hipóteses que atraem a competência – que é administrativa, e não jurisdicional – do CNJ.

⁴¹⁹ “Como regra geral, o controle dos atos do CNJ pelo STF somente se justifica nas hipóteses de (i) inobservância do devido processo legal; (ii) exorbitância das competências do Conselho; e (iii) injuridicidade ou manifesta irrazoabilidade do ato impugnado”. STF, MS 33690/DF AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 18/02/2016.

⁴²⁰ “O art. 103-B da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, dispõe que o Conselho Nacional de Justiça é órgão com atribuições exclusivamente administrativas e correicionais, ainda que, estruturalmente, integre o Poder Judiciário”. STF, MS 27621/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Rel. p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 07/12/2011, DJe 11/05/2012.

ato do Corregedor-Geral Estadual e do Ministro Corregedor Nacional de Justiça.

Decisão interlocutória – embora tenha prontamente negado seguimento à ação, reconhecendo a incompetência originária do STF para o caso, o que foi confirmado em agravo regimental – sinalizou no sentido de reconhecer a infração disciplinar prevista na LOMAN, aduzindo ser “fato notório que a Maçonaria não é associação de classe da magistratura, o que, por si só, leva, a princípio, à proibição de que magistrados ocupem cargos de direção na entidade”⁴²¹. Logo, teria de ser aberto processo disciplinar, no Estado de origem, para se apurar a falta do agente e se caracterizar a responsabilidade disciplinar.

Por último, tem-se a responsabilidade civil. Ao contrário das anteriores, ela não se reveste de intento punitivo, ao menos não como principal objetivo⁴²². Cinge-se na ideia de ressarcimento, ficando o magistrado obrigado a reparar com o seu patrimônio pessoal os danos causados às partes ou a terceiros no exercício da profissão⁴²³.

Tal responsabilidade sempre pressupõe um processo judicial, ao contrário das anteriores, e tem papel importante no reconhecimento das responsabilidades penal e disciplinar. É que, ao alegar determinados prejuízos decorrentes do processo judicial, a parte prejudicada acaba por trazer à tona elementos que podem desencadear averiguações da conduta nos âmbitos penal e administrativo, haja vista serem independentes as responsabilidades.

Para os objetivos do presente estudo, importa tratar, precipuamente, da responsabilidade civil dos juízes decorrente do exercício do seu múnus jurisdicional⁴²⁴, sendo esta a modalidade trazida no bojo dos arts. 133 do CPC e 49 da LOMAN. A breve tratativa das outras duas modalidades de responsabilidade presta-se somente para fins

⁴²¹ STF, MS 28724/AC AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 30/04/2014, DJe 19/05/2014.

⁴²² Sobre as funções da responsabilidade civil, ver: ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

⁴²³ Sobre aspectos gerais da responsabilidade civil, ver item 1.1 deste trabalho.

⁴²⁴ Os arts. 133 do CPC e 49 da LOMAN não incidem sobre a responsabilidade dos juízes por atos administrativos, sendo tais atos subordinados ao regramento geral do art. 37, § 6.º, da CF. DI PIETRO, 2014, p. 807; PEREIRA, 1989, p. 149. Outrossim, Caio Mário da Silva Pereira propõe uma “fórmula genérica” para diferenciar a função administrativa da jurisdicional do Estado, que se baseia no fato de que a caracterização do ato deve dar-se *ex ratione materiae*, e não *ex ratione personae*. PEREIRA, 1989, p. 149.

informativos e para delimitar a presente discussão, cuja pedra-de-toque consiste em tratar dos aspectos da responsabilidade civil do Estado-Juiz e do magistrado e suas implicações.

2.5.2 A independência dos juízes e os limites da responsabilidade

Conforme visto no item 2.2.2, há argumentos para defender que a independência dos magistrados – e suas garantias funcionais, previstas constitucionalmente⁴²⁵ – não atrai a responsabilidade do Estado. Em relação à responsabilidade pessoal do juiz, esta também não fica comprometida pela independência, podendo-se falar na concomitância entre a responsabilidade e a independência funcional. Não só o Estado, assim, sujeita-se aos comandos da lei, mas também os seus juízes, pessoalmente.

Se, de um lado, não se pode falar na irresponsabilidade do juiz, de outro se deve salientar que a sua responsabilização restringe-se a hipóteses previstas em lei, sendo menos amplas que a previsão do art. 37, § 6.º, da CF, que assenta a responsabilidade regressiva do agente público por dolo ou culpa.

Essa diferença de tratamento dada à responsabilidade dos agentes por atos jurisdicionais justifica-se pelas próprias características da função, e não se aplica apenas aos juízes de primeiro grau⁴²⁶.

É da dinâmica do sistema judiciário que as decisões proferidas, ainda que sem dolo ou culpa do magistrado, desagradem uma das partes envolvidas, ou até mesmo terceiros, causando-lhes danos. Não limitar as possibilidades previstas na regra geral, permitindo que qualquer conduta culposa enseje a responsabilidade pessoal, dificultaria o exercício da

⁴²⁵ A Constituição estabelece em favor dos membros da magistratura – e dos próprios cidadãos – garantias profissionais para assegurar ao máximo a sua imparcialidade e independência. Vejamos:

“Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - *vitaliciedade*, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - *inamovibilidade*, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - *irredutibilidade de subsídio*, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”. (grifou-se).

⁴²⁶ PONTES DE MIRANDA, 1974, p. 395.

função jurisdicional, tornando-o impraticável, e ferindo a independência funcional de que gozam os juízes⁴²⁷.

Não que a independência deva inviabilizar a responsabilização, mas deve ser sopesada na hora de defini-la, pois ao magistrado é garantido um espaço de liberdade para atuar (livre convencimento motivado⁴²⁸).

É nesse contexto que emerge a disciplina do art. 133 do CPC (art. 49 da LOMAN), que prevê hipóteses de responsabilização pessoal do juiz, sem inviabilizar o reconhecimento da responsabilidade do Estado.

2.5.3 Ordenação positiva da responsabilidade civil do magistrado: os arts. 133 do CPC e 49 da LOMAN

Os principais dispositivos infraconstitucionais que tratam da responsabilidade civil dos juízes compreendem os arts. 133 do CPC e 49 da LOMAN⁴²⁹. Pela sua relevância, ambos merecem ser reproduzidos na íntegra:

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

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

⁴²⁷ Para Yussef Said Cahali, eventual responsabilização do juiz pelo simples fato de ter decidido em um ou noutro sentido transforma em “letra morta” a sua independência funcional. CAHALI, 2012, p. 499. De todo modo, não se deve olvidar que, para a responsabilidade do magistrado, deve-se reconhecer o elemento subjetivo, não havendo dificuldades em se afastar a responsabilidade simplesmente porque se decidiu “em um ou noutro sentido”.

⁴²⁸ O livre convencimento motivado está previsto no art. 131 do CPC, que diz: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

⁴²⁹ No Código Civil, merece destaque o art. 1.744, que prevê a responsabilidade direta (inc. I) e subsidiária (inc. II) do julgador, quando, descumprindo suas obrigações, não nomear tutor ou não exigir garantia legal do mesmo. Vejamos: “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”.

Em razão da especificidade do dispositivo, será dada ênfase aos arts. 133 do CPC e 49 da LOMAN.

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.

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

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

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes.

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

Confrontando-se os dois dispositivos, percebe-se que o conteúdo dos mesmos é idêntico, sendo mínimas as diferenças entre seus textos⁴³⁰. Em um e em outro, foram mantidas as mesmas hipóteses fáticas que ensejam a responsabilidade do juiz⁴³¹, as quais já haviam sido previstas no art. 121 do CPC anterior, de 1939⁴³².

⁴³⁰ O vocábulo “magistrado” no *caput* e parágrafo único do art. 49 da LOMAN em substituição a “juiz”, no *caput* e parágrafo único do art. 133 do CPC; e “partes” no inc. II do art. 49 da LOMAN no lugar de “parte” no inc. II do art. 133 do CPC.

⁴³¹ O grande trunfo da reprodução do dispositivo processual, datado de 1973, na Lei Orgânica dos magistrados, de 1979, é a confirmação de que a sua responsabilidade pessoal pode ser aferida em qualquer processo, não apenas nos cíveis, não importando a instância ou a matéria em discussão. A LOMAN regula toda a magistratura, sem impor restrições, estendendo-se amplamente entre todos os órgãos do Judiciário.

⁴³² O art. 133 seguiu a mesma orientação presente no art. 121 do CPC anterior, de 1939. Vejamos:

“Art. 121. O juiz será civilmente responsável quando:

I – no exercício das suas funções, incorrer em dolo ou fraude;

II – sem justo motivo, recusar omitir ou retardar providências que deva ordenar ex-officio ou a requerimento da parte.

Os dois incisos do art. 133 do CPC trazem as possibilidades de incidência da responsabilidade do magistrado (inc. I e II; também do art. 49 da LOMAN). Segundo Rui Stoco, essas situações formam rol taxativo⁴³³, não havendo responsabilidade pessoal do juiz em casos diferentes dos ali previstos.

Com efeito, um inciso refere-se às condutas comissivas e o outro às condutas omissivas⁴³⁴.

O primeiro estatui que o acionamento pessoal poderá ser promovido quando houver dolo ou fraude na conduta, exclusivamente. Para parte da doutrina, o juiz não poderia ser responsabilizado por danos decorrentes de *comissão* culposa, restringindo-se a regra geral da responsabilidade estatal, que prevê a responsabilização regressiva do agente quando laborar com dolo ou *culpa*, e reafirmando-se o tratamento especial dado pelo legislador à responsabilidade (por ato) do juiz⁴³⁵.

Já o segundo inciso, ao estabelecer hipóteses de denegação de justiça⁴³⁶ (“recusar, omitir ou retardar”), recai sobre condutas *omissivas*, sobre um “não agir” do julgador quando era seu dever legal tomar determinada providência. Nesses casos, de anormal funcionamento da justiça, por não haver qualquer limitação expressa – e desde que inexistente justo motivo para a inércia, respeitada a exigência do

As hipóteses do nº II somente se considerarão verificadas decorridos dez (10) dias da notificação ao juiz, feita pela parte por intermédio do escrivão da causa”.

⁴³³ STOCO, 2007, p. 1.202.

⁴³⁴ HENTZ, 1995, p. 64-65.

⁴³⁵ LASPRO, 2000, p. 251-252. Como se verá no item 2.5.2.1, o entendimento pessoal de Oreste Nestor de Souza Laspro não limita a responsabilidade do juiz às situações de dolo e fraude. O autor defende em sua obra que “o juiz deve responder pela sua negligência, imprudência e imperícia”, encabeçando corrente doutrinária nesse sentido. LASPRO, 2000, p. 241.

⁴³⁶ Segundo Odonê Serrano Júnior, a denegação de justiça “consiste na negação do Estado-Juiz em oferecer a devida proteção aos direitos de seus cidadãos, mediante a prestação da tutela jurisdicional. Enquanto o dever tem o direito de exigir a prestação da tutela jurisdicional, através do exercício do direito de ação, o Estado tem o dever de prestá-la. Não o fazendo configura-se a denegação de justiça, ensejando que os danos daí advindos sejam reparados pelo Estado, voltando-se em regresso contra o agente judiciário, a quem pode ser imputada a conduta causadora da denegação de justiça, por dolo ou culpa”. SERRANO JÚNIOR, 1996, p. 194. Note-se que o autor não só entende que a responsabilidade do juiz somente deve ser aferida pela via regressiva, como defende que também nas hipóteses de culpa ela pode manifestar-se.

parágrafo único – a culpa já seria suficiente para se extrair a responsabilidade⁴³⁷.

Assim, o ato ilícito decorrente do descumprimento dos deveres de não agir com dolo ou fraude, ou ainda nos casos de denegação de justiça, enseja a responsabilidade pessoal e subjetiva do juiz⁴³⁸. Todavia, em ambos os casos, há dificuldades de se vislumbrar ou provar, na prática, a ocorrência das hipóteses previstas.

Não é tarefa fácil provar o dolo ou fraude do magistrado – a intencionalidade, a vantagem indevida, o conluio –, previstos no inc. I, visto se tratar de atitudes tramadas às escondidas.

E também há obstáculos à caracterização das hipóteses do inc. II, podendo ser considerado de “truncada tipificação”. A fim de se configurar o dever de indenizar, exige-se que a parte não só requeira a realização de diligência que entende devida, constituindo o magistrado em mora, como ainda é possibilitada ao agente a alternativa de negar-se, por justo motivo, a realizar o ato. Provado, o justo motivo elide a responsabilidade pessoal⁴³⁹, que só será reconhecida após requerimento, e desde que não se verifique a causa justificadora do descumprimento.

Introduzidas as hipóteses de incidência da responsabilidade do juiz, destaca-se que a interpretação do art. 133 do CPC (49 da LOMAN) face ao art. 37, § 6.º, da CF pode ensejar entendimentos diversos, que variam desde a sua inconstitucionalidade até a possibilidade de escolha, pela vítima, de acionar e responsabilizar diretamente o Estado ou o agente público, individualmente⁴⁴⁰.

Rui Stoco resume em três as correntes referentes à responsabilidade do juiz⁴⁴¹.

A primeira delas funda-se no argumento de que a lei processual contrariaria a regra geral da responsabilidade direta do Estado, sendo inconstitucional⁴⁴². De acordo com essa teoria, defendida por José Cretella Júnior, Edmir Netto de Araújo e João Sento Sé, o magistrado

⁴³⁷ LASPRO, 2000, p. 252-253.

⁴³⁸ Em razão disso, o dever de indenizar será caracterizado quando demonstrada uma das hipóteses elencadas (art. 133 CPC e 49 da LOMAN), além dos danos às partes ou terceiros e o respectivo nexo de causalidade.

⁴³⁹ NANNI, 1999, p. 236.

⁴⁴⁰ No tópico 1.5.2 do presente estudo, tratou-se da operacionalização do direito de regresso em relação à responsabilidade civil do Estado de modo geral. Naquela oportunidade, percebeu-se que há divergência entre as duas mais altas Cortes de Justiça do país.

⁴⁴¹ STOCO, 2007, p. 1.205-1.206.

⁴⁴² ARAÚJO, 1981, p. 54-55.

não poderia ser acionado diretamente, nem quando se mostrar existente seu intuito de causar dano⁴⁴³.

A segunda corrente prevê que o referido artigo estabelece a responsabilidade direta do magistrado. Nela, caberia à parte escolher em face de quem propor a ação indenizatória, sendo que o magistrado pode ser acionado sozinho, em conjunto com o Estado ou até mesmo não ser réu, sendo-o apenas o poder público. Nomes como Ada Pellegrini Grinover e Hélio Tornaghi assim entendem⁴⁴⁴.

E a terceira entende haver responsabilidade direta somente do Estado, podendo o juiz ser acionado apenas regressivamente. Para essa corrente, a forma de exercício da responsabilidade do juiz deve ser aferida de acordo com a Constituição, uma vez que os arts. 133 do CPC e 49 da LOMAN nada especificam sobre ela. Assim, a responsabilidade do Estado seria direta e a do juiz regressiva, nos termos da regra geral do art. 37, § 6.º, da CF, aplicando-se o art. 133 para os casos cíveis e o art. 49 para os demais⁴⁴⁵.

A jurisprudência, por sua vez, parece caminhar no sentido de reconhecer a responsabilidade do juiz apenas pela via regressiva, como bem salientou Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁴⁶. Para a autora, que citou

⁴⁴³ José Cretella Júnior defende que, por formarem um todo indissociável (juiz e Estado), o juiz nunca pode responder diretamente, sendo possível para a vítima apenas acionar o Estado. Eventual responsabilidade do magistrado ficará restrita ao exercício do direito de regresso. CRETELLA JÚNIOR, *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*, 1970, p. 18. No mesmo sentido: ARAÚJO, 1981, p. 88.

⁴⁴⁴ A vítima pode escolher acionar e responsabilizar diretamente o Estado ou o agente público, individualmente. TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1974, p. 412. Nesse último caso, teria de provar o elemento subjetivo da conduta.

⁴⁴⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Interesse público*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, ano IX, n.º 44, 2007, p. 68.

⁴⁴⁶ Reforçando a lição de Di Pietro, no sentido de que a jurisprudência da mais alta Corte do país entende pela responsabilidade regressiva do agente, lê-se de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “Apelação cível. Ação de indenização. Danos morais. Ofensas verbais de juiz federal contra advogado. Não havendo dolo ou fraude, não há responsabilidade pessoal do juiz, conforme preceitua o art. 133, inciso I, do Código de Processo Civil, e o art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Além disso, *a Câmara reconhece e aplica a atual orientação do STF, segundo a qual os agentes públicos somente podem ser responsabilizados pelo estado em ação regressiva, e nunca em demandas propostas diretamente pelos terceiros lesados, nos*

como precedente o recurso extraordinário 228.977/SP, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, os atos jurisdicionais não atraem a responsabilidade civil da autoridade judicial, “devendo a ação ser proposta contra a Fazenda Estadual, a qual tem direito de regresso contra o magistrado responsável, nos casos de dolo ou culpa”⁴⁴⁷.

No julgado, justifica-se a impossibilidade de acionamento direto do magistrado pelo fato deste exercer função pública “em nome do Estado”, representando-o. Com isso, ele não poderia ser civilmente responsável de forma imediata, mesmo se acionado em conjunto com o ente público, pois não haveria ato próprio a justificar a responsabilização direta. Conclui afirmando que, por sua condição de representante, a responsabilidade será aferida regressivamente, nos casos de dolo ou culpa:

Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. *Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas*

termos do RE nº 327.904-1. Apelo do réu provido para julgar o pedido improcedente. Apelo do autor prejudicado”. TJRS, AC 70037365673, Rel. Des. NEY WIEDEMANN NETO, SEXTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 16/12/2010, DJ 19/01/2011. Com efeito, o recurso extraordinário referido na ementa trata da questão da “dupla garantia”, aproximando o regime da responsabilidade por ato jurisdicional do regime de responsabilidade por ato administrativo, e favorecendo, ao mesmo tempo, a vítima, pois será praticamente certo o pagamento da condenação em caso de acolhimento do pedido, e o agente público, que deverá responder exclusivamente perante o Estado, em casos restritos. STF, RE 327904/SP, Rel. Min. CARLOS BRITTO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJ 08/09/2006.

⁴⁴⁷ DI PIETRO, 2015, p. 807.

hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido⁴⁴⁸.

Também entendendo pela exclusividade do acionamento em regresso, acórdão do TJRS⁴⁴⁹, que trata de pedido de indenização decorrente de xingamentos proferidos, em audiência, por magistrado em face de advogado, não acolheu o pedido formulado, pois a ação foi movida exclusivamente em face do agente, e não da União. Salientou que, se fosse o caso, a responsabilidade do poder público poderia ser reconhecida, visto que objetiva e semelhante à regra geral dos atos administrativos. Por outro lado, a responsabilidade do magistrado dependeria da verificação de dolo ou fraude (art. 133, CPC), o que aparentemente não se visualizaria no caso concreto. Vejamos:

O autor optou por não dirigir a ação indenizatória contra a União, pessoa jurídica de direito público à qual o réu está vinculado como agente estatal. Daí, a responsabilidade do réu é subjetiva, e não objetiva, e deve ser conferida à luz do ordenamento jurídico vigente, só podendo o magistrado ser responsabilizado se agiu com dolo ou com fraude.

(...)

A esse respeito, no caso concreto, o réu praticou o suposto ato ilícito (ofensas à honra do autor) durante uma audiência que presidia, ou seja, no pleno exercício da sua função como agente público.

Daí o precedente aplicável, do RE 160.401, da relatoria do Ministro Carlos Veloso, de onde se extrai que perante o terceiro (a vítima do dano) quem responde é a pessoa jurídica de direito público, e não o agente público diretamente.

Por isso a conclusão do STF no propalado julgamento, que espelha o atual entendimento de

⁴⁴⁸ STF, RE 228977/SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2002, DJ 12/04/2002.

⁴⁴⁹ Mencionado na nota de rodapé n.º 446.

que os agentes públicos somente podem ser responsabilizados pelo estado em ação regressiva, e nunca em demandas propostas diretamente pelos terceiros lesados.

Já reconheci que isso não aconteceu (dolo ou fraude) e não há ação proposta contra a União, somente contra a pessoa física do magistrado (agente público), razão pela qual o caminho que se impõe é o da improcedência da pretensão autoral⁴⁵⁰.

Portanto, mostra-se fortalecida, sobretudo na jurisprudência, a corrente que entende pela exclusividade da ação regressiva, podendo-se notar uma aproximação da responsabilidade do juiz à responsabilidade dos agentes públicos em geral (art. 37, § 6.º, da CF). Ademais, vislumbram-se casos nos quais será reconhecida a responsabilidade do Estado, mas não haverá a do magistrado, e há divergências quanto ao elemento subjetivo a ser provado no regresso, se engloba ou não a conduta culposa⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ TJRS, AC 70037365673, Rel. Des. NEY WIEDEMANN NETO, SEXTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 16/12/2010, DJ 19/01/2011.

⁴⁵¹ Também decidindo no sentido de que não se pode atribuir responsabilidade direta ao juiz: STF, ARE 770931/SC AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 13/10/2014; STF, RE 518278/GO AgR, Rel. Min. EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, julgado em 31/03/2009, DJe 24/04/2009; TRF 4, APELREEX 2006.71.00.040385-0/RS, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJ 05/05/2010. Nesse último acórdão, consignou o relator: “face ao disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, incumbe ao Estado responder perante o jurisdicionado lesado pelo ato judicial danoso, o que, por sua vez, resguarda a independência do magistrado. Por outro lado, a responsabilidade pessoal do juiz, que há de ser levada a cabo pelo Estado mediante ação regressiva, estará caracterizada apenas nos casos dos arts. 133 do CPC e 49 da Loman”; TJSP, AC n.º 0019206-98.2012.8.26.0577, de São José dos Campos, Rel. Des. MANOEL RIBEIRO, 8.ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, julgado em 19/11/2014, DJ 26/11/2014. E nesse, considerou-se indevida a inclusão do magistrado no polo passivo da ação indenizatória de origem, decorrente de bloqueio judicial indevido de bens do prejudicado, tendo os desembargadores, referenciando “Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Paulista”, privilegiado o sistema geral de responsabilização civil (art. 37, § 6.º, da CF) para os danos decorrentes de atos judiciais, decidindo manter no polo passivo apenas a Fazenda Pública estadual.

Em contrapartida à corrente que entende pela possibilidade de discussão de responsabilidade do juiz apenas na via regressiva, há a corrente que argumenta pela existência, em relação aos casos do art. 133 do CPC (49 da LOMAN), de responsabilidade direta do Estado e também do magistrado, cabendo ao prejudicado, autor da ação indenizatória, decidir em face de quem ajuizar a sua demanda⁴⁵². São dois os regimes que, não excludentes⁴⁵³, podem ser escolhidos: um de responsabilidade pessoal do juiz, baseado no art. 133 do CPC, e outro de responsabilidade objetiva do Estado, de base constitucional⁴⁵⁴.

Segundo essa corrente, o art. 133 do CPC (49 da LOMAN) versa sobre hipóteses de responsabilidade direta do juiz, que pode ser aferida em demanda autônoma, e não necessariamente em ação regressiva. Trata-se de previsão especial, de aplicação restrita aos magistrados, nos casos de erro judiciário ou de anormal funcionamento da justiça, e que acentua a diferença de tratamento perante os demais agentes públicos⁴⁵⁵.

A opção pela propositura em face do magistrado, para tanto, não contraria a regra geral do art. 37, § 6.º, da CF, podendo ser com ele compatibilizada.

Como visto, a regra geral constitucional propõe-se a proteger o administrado, garantindo-lhe a possibilidade de reclamar seus danos perante devedor solvente e dispensando a prova do elemento subjetivo da conduta. Relega para um segundo momento a restituição do patrimônio público, mas sem proibir a reclamação direta em face do agente. Assim, prevê que a vítima poderá buscar diretamente do Estado a indenização pelos prejuízos que seus agentes causarem, porém sem excluir a possibilidade de acionamento direto do servidor público causador do dano.

⁴⁵² CARVALHO FILHO, 2014, p. 576.

⁴⁵³ O art. 133 do CPC não estabelece a irresponsabilidade do Estado à custa do reconhecimento da responsabilidade pessoal do juiz. O Estado, que tem em verdadeiro regime de monopólio o controle da atividade jurisdicional, é responsável pelos atos dos juízes. Mais que isso: o Estado pode ser responsável pelos danos decorrentes da atividade jurisdicional mesmo quando não forem causados pelo dolo ou culpa do magistrado. Assim, o funcionamento insatisfatório dos serviços estatais pode acarretar a responsabilidade, até porque não seria justo que os danos fossem suportados individualmente pelas partes, e não pela coletividade. Nesse sentido: PIRES, 2013, p. 137.

⁴⁵⁴ PIRES, 2013, p. 136.

⁴⁵⁵ LASPRO, 2000, p. 250-251.

Dito isso, considera-se que a escolha pelo acionamento direto do agente implica ao menos um ponto negativo e um positivo para o autor da ação.

O ponto negativo consubstancia-se na obrigação de produzir provas acerca do elemento subjetivo da responsabilidade, uma vez que não se pode falar na responsabilidade objetiva da pessoa física⁴⁵⁶. Para a parte da doutrina que entende pela responsabilidade objetiva do Estado nos casos de danos provocados por atos jurisdicionais, ao acionar apenas o poder público, bastaria à vítima a prova do ato, do dano e do nexo causal entre os mesmos, não importando as questões subjetivas envolvidas no caso⁴⁵⁷. Essas importariam para o Estado, quando fosse exercer o seu direito de regresso, ficando alheias ao *onus probandi* das vítimas.

Por outro lado, a indenização exigida em face do Estado depende do malfadado sistema de precatórios para ser adimplida⁴⁵⁸. O ressarcimento, embora certo, pois o Estado é solvente, demoraria para ser efetivado, o que poderia apenas asseverar o descontentamento da parte prejudicada⁴⁵⁹. Com isso, deve-se ponderar se compensa realizar a prova do elemento subjetivo em nome da facilitação da execução, ou se é preferível a simplificação da petição inicial para se garantir o recebimento certo, ainda que tardio, da condenação.

Aparte de todas as possibilidades interpretativas que podem advir da leitura do art. 133 do CPC (49 da LOMAN), deve-se destacar que, doravante, as dúvidas a respeito da matéria devem ser abafadas. É que o Novo Código de Processo Civil, publicado em 16/03/2015, e com *vacatio legis* de um ano (art. 1.045, NCPC), acrescentou no *caput* do artigo que trata da responsabilidade civil do magistrado (art. 143), expressamente, que ela tem caráter regressivo. Assim:

Art. 143. O juiz responderá, *civil e regressivamente*, por perdas e danos quando:
I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

⁴⁵⁶ MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 240.

⁴⁵⁷ Sendo que, muitas vezes, a dificuldade reside justamente em se provar os elementos subjetivo.

⁴⁵⁸ Previsto no art. 100 da CF.

⁴⁵⁹ DALLARI, Adilson. *Regime constitucional dos servidores públicos*. São Paulo: RT, 1976, p. 122-123.

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

Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias. (grifou-se).

Evidente a intenção do legislador no novo Diploma. Com efeito, manteve as hipóteses de incidência da responsabilidade, as quais devem ser analisadas individualmente para melhor se compreender o regime especial proposto no art. 133 do CPC (49 da LOMAN).

2.5.2.1 Art. 133, inc. I, do CPC (art. 49, inc. I, da LOMAN): dolo ou fraude do magistrado

O dolo, no conceito clássico de José de Aguiar Dias, aproxima-se do conceito de “delito” proposto pelo direito romano. Pressupõe a ciência e a intencionalidade acerca das consequências do ato, detendo o agente causador a “vontade direta de prejudicar”, violando intencionalmente determinada norma de conduta⁴⁶⁰.

Para parte da doutrina brasileira, o vocábulo “dolo”, na redação do inc. I do art. 133 do CPC (inc. I do art. 49 da LOMAN), por significar a ideia de intencionalidade, seria suficiente para disciplinar as hipóteses firmadas pelo legislador, sendo desnecessária a inclusão da espécie “fraude”.

Seguindo a lição proposta na Itália por Carnelutti, alegam que o conceito de dolo é amplo, compreendendo as condutas fraudulentas⁴⁶¹, estando a ideia de fraude contida na de dolo. A fraude, por ser ato intencional, afastar-se-ia da culpa *stricto sensu*, constituindo “uma particularização do dolo”⁴⁶². Com isso, a legislação teria sido redundante, não se justificando tal discriminação⁴⁶³.

Em sentido contrário, alegando inexistir imprecisão técnica na redação do dispositivo, defende-se que o dolo e a fraude não se confundem, não se inserindo esta no conceito daquele⁴⁶⁴, e justificando-

⁴⁶⁰ AGUIAR DIAS, 2006, p. 133-135.

⁴⁶¹ PONTES DE MIRANDA, 1974, p. 537.

⁴⁶² STOCO, 2007, p. 1.202.

⁴⁶³ SOUZA, 1990, p. 31.

⁴⁶⁴ BUZAID, 1978, p. 32-34.

se a menção dos dois na letra da lei. A diferença residiria no fato de que o dolo corresponde ao descumprimento ou à violação direta de um dever, ao passo que a fraude consubstancia-se no comportamento malicioso do agente, por meio do qual busca enganar as partes e fraudar a lei, julgando contra o ordenamento jurídico⁴⁶⁵. A conduta fraudulenta, então, aproximar-se-ia do âmbito comportamental, referindo-se ao modo como age o magistrado, e não necessariamente à violação de dever em si.

A despeito da discussão sobre o acerto entre a menção ou não dos dois conceitos no inciso, deve-se estatuir que, em ambos os casos, manifesta-se a intenção do magistrado de praticar o ato ilícito, de infringir os seus deveres ou a lei. O elemento volitivo – a intenção – é essencial à aplicação do dispositivo, que depende da sua configuração para atrair a responsabilidade⁴⁶⁶. E esse é o detalhe fundamental para a configuração da hipótese prevista no primeiro inciso.

Com efeito, as situações trazidas pelo inc. I não se confundem com os requisitos da ação regressiva genérica⁴⁶⁷. Antes, limitam-no, propondo que o magistrado só seja acionado nos casos de dolo ou fraude (esta última uma manifestação daquele⁴⁶⁸), negando-se sua responsabilidade nos casos de culpa. Logo:

O agir apenas culposos, por negligência, imprudência ou imperícia do julgador é insuficiente para empenhar a responsabilidade do Juiz, pois deu-se-lhe (*sic*) tratamento especial, impedindo a lei que o mero equívoco culposos, e, portanto, sem intenção de prejudicar, possa conduzir à responsabilidade civil desse agente. (...)

Ao contrário do dolo, na culpa em sentido estrito (...) não há intenção do agente, nem ele pretende causar dano ou assume o risco de produzi-lo. Age apenas sem a diligência e cuidado que as circunstâncias exigiam, atuando quando devia abster-se; omitindo-se quando lhe era exigida uma

⁴⁶⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva pura e impura: algumas hipóteses de responsabilidade civil no Código de Processo Civil. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n.º 44, out. 1994, p. 14.

⁴⁶⁶ NANNI, 1999, p. 230.

⁴⁶⁷ NANNI, 1999, p. 210.

⁴⁶⁸ AGUIAR JÚNIOR, 2007, p. 94.

conduta positiva, ou intervindo profissionalmente sem o conhecimento ou habilidade específica que o mister impunha^{469 470}.

Arremata o autor explicando que os juízes podem ser responsabilizados em situações específicas, expressas em lei, que representam “hipóteses autolimitadoras da soberania do Poder Judiciário”. Em vista disso, o art. 133 do CPC preveria, exclusivamente, “a responsabilização do Juiz pela prática de ato jurisdicional mediante comprovação de dolo ou fraude, inadmitida até mesmo a inversão do ônus da prova e somente pela via regressiva”^{471 472}.

⁴⁶⁹ STOCO, 2007, p. 1.202. No mesmo sentido, é a lição de Carlos Roberto Gonçalves: “A responsabilidade pessoal do juiz está, assim, condicionada a que ele tenha agido com dolo ou fraude. A culpa no exercício da atividade jurisdicional, todavia, não o obriga a indenizar pessoalmente, podendo a vítima pleitear eventual ressarcimento do Estado”. GONÇALVES, 2014, p. 216.

⁴⁷⁰ Mudando entendimento esposado em edições anteriores, Rui Stoco afirma que, por se exigir a conduta dolosa para se atrair a responsabilidade, a regra geral do art. 186 do CC (“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”) não se aplica à responsabilidade dos magistrados. O atuar culposo somente poderia embasar a responsabilidade civil do Estado. STOCO, 2007, p. 1.202.

⁴⁷¹ STOCO, 2007, p. 1.217. Rui Stoco adverte, também, que, como a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional é subjetiva, faz-se necessária a prova, na ação movida pela vítima, do dolo ou fraude na conduta. Assim, para o autor, o elemento subjetivo não deve ser aferido apenas quando da reclamação em regresso, dependendo esta do reconhecimento prévio da intencionalidade, que deve ser feito na ação movida pela vítima em face do Estado. STOCO, 2007, p. 1.203.

⁴⁷² Perceba-se que, na AC 70037365673, Rel. Des. Ney Wiedemann Neto, tratada no item 2.5.3, entendeu-se que somente o dolo ou fraude seriam exigidos para se configurar a responsabilidade do magistrado. Consta do corpo do acórdão: “aqui, a culpa não é suficiente, que pode ser entendida como um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo. No caso concreto, não considero tenha o réu agido com dolo ou fraude, no exercício de suas funções, com o intuito de causar o mal injusto. Não houve, na sua conduta, a voluntariedade de prejudicar o autor, senão foi um desabafo no meio de uma discussão verbal, que não trouxe maiores consequências. Não havendo dolo ou fraude, não há responsabilidade pessoal do juiz, conforme preceituam o art. 133, inciso I, do Código de Processo Civil, e o art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional”. TJRS, AC

Noutro sentido, Oreste Nestor de Souza Laspro defende que não se limita ao dolo ou fraude a aferição da responsabilidade, podendo o juiz “responder pela sua negligência, imprudência e imperícia”. Ou seja, quando houver culpa.

De acordo com o autor, a conduta negligente consubstancia-se, por exemplo, no proferimento de decisão sem a análise dos autos ou em descompasso com a prova produzida, desde que bem produzida. Já a imprudência confunde-se com a precipitação, a falta de cautela do juiz. E a conduta imperita deriva da falta de aptidão ou até mesmo de conhecimento para se julgar determinada demanda⁴⁷³.

Essas condutas, portanto, não deveriam afastar a responsabilidade pessoal do juiz⁴⁷⁴, sob pena de liberá-lo “do dever de cautela e tornar inseguro todo o exercício da jurisdição”^{475 476}.

Por fim, muito embora se costume associar o dolo e a fraude a condutas comissivas (inc. I), e a culpa às condutas omissivas (inc. II), deve-se reconhecer que essa lógica não é estanque, ao menos não em relação ao inc. I.

O dolo e a fraude podem manifestar-se nas condutas omissivas dos magistrados, sendo possível extrair responsabilidade por conduta dolosa ou fraudulenta na sua abstenção. É o caso, por exemplo, do magistrado que se omite ao não se declarar impedido para julgar

70037365673, Rel. Des. NEY WIEDEMANN NETO, SEXTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 16/12/2010, DJ 19/01/2011.

⁴⁷³ Discute-se na doutrina se a imperícia pode ou não ensejar responsabilidade. É que, ao entrar na carreira, presume-se que o magistrado tenha “todas as aptidões necessárias ao exercício da função jurisdicional, (...) sendo conhecedor do direito processual e material”. Oreste Nestor de Souza Laspro, para tanto, entende pela possibilidade de se responsabilizar também pela imperícia, visto que, se a referida presunção fosse absoluta, não se justificariam, por exemplo, os cursos de aperfeiçoamento profissional oferecidos pelos Tribunais aos julgadores. LASPRO, 2000, p. 243.

⁴⁷⁴ LASPRO, 2000, p. 240-244.

⁴⁷⁵ HENTZ, 1995, p. 34.

⁴⁷⁶ Aliás, denota-se que, no acórdão proferido no RE 228977/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, tratado no item 2.5.3, admitiu-se, ao contrário do que defende parte da doutrina, a possibilidade de o julgador ser responsabilizado também na modalidade culposa, seguindo a letra do art. 37, § 6.º, da CF, e contrariando a aparente limitação da legislação infraconstitucional. Assim, tem-se que a responsabilidade do juiz poderia advir de conduta culposa, não se restringindo aos casos de dolo, fraude ou denegação de justiça. STF, RE 228977/SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2002, DJ 12/04/2002.

determinado processo, mantendo-se nele para interferir ilegalmente no seu resultado. Ao assim fazer, ou melhor, não fazer, o magistrado contraria o dever legal de declarar a sua parcialidade, o qual pode ser inferido do art. 134 do CPC, demonstrando a intenção dolosa ou fraudulenta que permeia a sua atuação. Essa conduta também caracteriza a sua responsabilização civil, ensejando o ressarcimento⁴⁷⁷.

Desse modo, o magistrado poderia responder apenas frente ao Estado, de forma regressiva, e nos casos de dolo e fraude (art. 133 do CPC e 49 da LOMAN). Seguindo essa dinâmica, seria respeitada a responsabilidade direta do Estado pelos atos de seus agentes, ao mesmo tempo em que se manteria o tratamento diferenciado aos juízes, agentes incumbidos de realizar a atividade jurisdicional⁴⁷⁸.

2.5.2.2 Art. 133, inc. II e parágrafo único, do CPC (art. 49, inc. II e parágrafo único, da LOMAN): culpa do magistrado

A recusa, omissão ou retardamento, sem justo motivo, de providência que o julgador deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte pode ensejar a sua responsabilização pessoal. Tais hipóteses sinalizam o anormal funcionamento da justiça, consubstanciado na inércia do juiz quando a lei exigir a realização de determinada diligência. Trata-se no inc. II, então, de hipóteses de denegação da justiça; de conduta omissiva; de um “não agir” que caracteriza o descumprimento do dever legal e a culpa do magistrado⁴⁷⁹.

Com efeito, a culpa, ou “quase-delito”, deve ser entendida como o fato que acarreta prejuízo a terceiro mesmo sem estar revestido de intento malicioso, bastando fundar-se em negligência inescusável⁴⁸⁰. Diz-se culposa a conduta quando aferível a falta do agente, que não cumpre o seu dever funcional de impulsionar os processos, violando um dever seu.

Ademais disso, e utilizando-se de outro critério hermenêutico, reconhecem-se como culposas as condutas do inc. II, pois a sua redação

⁴⁷⁷ NANNI, 1999, p. 231-233.

⁴⁷⁸ AGUIAR JÚNIOR, 2001, p. 172.

⁴⁷⁹ Além das hipóteses do art. 133, inc. II (49, inc. II, da LOMAN), objeto do presente trabalho, cabe mencionar que a culpa que enseja a responsabilidade por ato do juiz também se manifesta pela negligência manifesta (art. 56, inc. I, da LOMAN) e pela incapacidade técnica para o exercício da função jurisdicional (art. 56, inc. III, da LOMAN). Nesse sentido, AGUIAR JÚNIOR, 2001, p. 177.

⁴⁸⁰ AGUIAR DIAS, 2006, p. 133-136.

não impõe qualquer restrição, ao contrário do que ocorre no inciso anterior. Abrange-se, por isso, a culpa em sentido estrito, bem como o dolo, não havendo razão para se entender pela sua desconsideração⁴⁸¹. Mais amplo, portanto, o alcance desse inciso.

Nem toda a recusa, omissão ou retardamento culposo do juiz, entretanto, irá acarretar a responsabilidade. Em havendo justo motivo para a sua ocorrência – causado ou não pelo magistrado – a justificar a omissão ou demora na tomada da providência, afasta-se a responsabilidade pessoal do agente. Trata-se de excludente de ilicitude específica desta regra⁴⁸².

Diante disso, o magistrado que não prolate sentença em determinado caso por estar com uma carga significativa de processos, ou por necessitar de mais tempo para analisá-lo em virtude de sua complexidade, não pode ser punido, devendo-se tolerar o atraso. Desde que, claro, seja compatível com aquilo que se espera do trabalho desse profissional, de acordo com o desempenho de seus pares⁴⁸³. Requer-se, assim, bom senso para se aceitar a justificativa.

A possível exclusão da imputabilidade do magistrado, fundada na apresentação de justo motivo, não se estende à responsabilidade do Estado. Essa se mantém pelo simples mau funcionamento da justiça (falta de estrutura, carência de recursos), não devendo recair sobre as partes os ônus advindos de deficiências da máquina pública. Compreende, para tanto, a responsabilidade por omissão, fundada na falha anônima⁴⁸⁴.

Em síntese, a recusa, a omissão e o retardo não são, isoladamente, suficientes para caracterizar a responsabilidade por atos do magistrado, devendo assegurar-se que não existe justo motivo que elida a sua ocorrência.

Outro requisito é essencial para configurar a responsabilidade do juiz por omissão⁴⁸⁵, e acarreta implicações significativas na prática.

Cabe à parte, em cumprimento ao disposto no parágrafo único do art. 133 do CPC (49 da LOMAN), requerer ao magistrado, através do

⁴⁸¹ LASPRO, 2000, p. 252-253.

⁴⁸² NANNI, 1999, p. 231-233.

⁴⁸³ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 3.^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 383-384. Essas ocorrências podem, por outro lado, ensejar a responsabilidade civil do Estado.

⁴⁸⁴ RIZZARDO, 2007, p. 386-387.

⁴⁸⁵ Esse requisito é exclusiva da responsabilidade do juiz, não sendo exigido caso se trate da responsabilidade do Estado.

escrivão, o cumprimento de determinada providência quando, nos casos de omissão, algum ato devesse, por lei, ser realizado. Essa interpelação do juiz é indispensável para constituí-lo em mora, a qual, caso tempestivamente purgada, implica a resolução do problema, mesmo se já consumado o prejuízo à parte⁴⁸⁶. Apenas se, após a solicitação, o magistrado permanecer inerte por no mínimo 10 dias é que restarão caracterizadas as hipóteses do inc. II, podendo-se discutir a responsabilidade⁴⁸⁷.

Percebe-se, nesse ponto, que, muito embora a omissão do magistrado, prevista no inc. II, configure culpa na sua acepção de negligência, o parágrafo único impõe que tal omissão apenas ficará configurada após a sua provocação. Com isso, a partir do momento em que, notificado, o juiz não cumprir o pedido, silenciando, não se pode mais falar em culpa, mas no intento deliberado de não praticar o ato. E a intenção, como se sabe, é elemento próprio da conduta dolosa⁴⁸⁸.

Com efeito, o parágrafo único é alvo de críticas da doutrina. Alega-se que a sua exigência, que busca proteger a liberdade de atuação e independência do juiz, na verdade acaba por inviabilizar o reconhecimento da sua responsabilidade por omissão, inibindo a reparação dos danos⁴⁸⁹.

Parecem razoáveis as críticas perpetradas. A uma, porque a interpelação é feita pelo escrivão, que é profissional subjugado ao magistrado e que buscará de todas as formas protegê-lo, até mesmo para salvar o seu trabalho. À outra, pois há o constrangimento para as próprias partes e seus advogados, que possivelmente optarão por não exigir a responsabilização por omissão com receio de despertar a animosidade do julgador, e, por consequência, terem esta ou outra demanda julgada desfavoravelmente, em represália⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 1. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 545.

⁴⁸⁷ NANNI, 1999, p. 238.

⁴⁸⁸ STOCO, 2007, p. 1.204.

⁴⁸⁹ Tratando de maneira genérica dos sistemas de *civil law*, nos quais se enquadra o ordenamento jurídico brasileiro, Mauro Cappelletti reconhece que a previsão legal da responsabilidade civil do juiz esbarra em “limitações substanciais e procedimentais”, também previstas em lei, que acabam por inviabilizar o seu reconhecimento. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis*. Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 67.

⁴⁹⁰ LASPRO, 2000, p. 253-254.

A despeito de todo o criticismo envolvendo o dispositivo, o art. 143 do Novo Código de Processo Civil, que disciplina a responsabilidade do juiz, optou por manter válida a exigência do parágrafo único, bem como o prazo de dez dias em favor do julgador. A única mudança visando à superação da inviabilidade do dispositivo consiste na dispensa do escrivão para realizar a interpelação, a qual deverá ser feita diretamente pela parte ao juiz:

Art. 143. Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias.

Por tornar menos burocrático o procedimento, provavelmente esta alteração contribuirá para desobstruir a inaplicabilidade do dispositivo, simplificando os trâmites a cargo da parte e abrandando a blindagem à responsabilização dos magistrados.

Por fim, a par de todos os requisitos exigidos pela disciplina do inc. II e parágrafo único, não se deve olvidar que a omissão somente produzirá efeitos no âmbito da responsabilidade civil se tiver havido dano e a demonstração do nexo de causalidade.

Sem dano, não há responsabilidade. Por isso, a recusa, a omissão ou o retardamento, por si sós, não ensejarão o ressarcimento, mesmo que praticadas sem justo motivo e com o cumprimento da condição do parágrafo. Logo, renova-se a cautela na configuração, pelo inc. II, da responsabilidade civil do juiz, uma vez que a lei impõe regramento específico para discipliná-la, o qual deve ser analisado ao lado dos elementos gerais de responsabilidade civil.

CONCLUSÃO

O principal objetivo do presente trabalho foi responder se deve ser dado à responsabilidade civil do Estado decorrente do exercício da função jurisdicional tratamento semelhante ao dado à regra geral de responsabilidade civil do Estado. Toda a pesquisa foi estruturada para que fossem oferecidos os elementos necessários para se chegar a essa conclusão principal, tendo o primeiro capítulo preparado as bases para a discussão específica, travada no segundo. Outrossim, buscou-se, a todo momento, o acréscimo e a conjugação de elementos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, a fim de se promover uma análise completa e multifacetada do tema.

No primeiro capítulo, firmou-se que o Estado não estaria alheio ao ordenamento jurídico, podendo ser responsabilizado civilmente. Tal definição adéqua-se aos princípios do Estado democrático de Direito, que se afasta de regimes absolutistas de privilégio. Sua responsabilidade seria extracontratual e em regra objetiva, conforme o art. 37, § 6.º, da CF.

Em seguida, conceituou-se responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação que a lei lhe impinge de reparar os danos causados a terceiros, afirmando-se que ela pode manifestar-se a partir de atos de agentes de qualquer dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário).

Igualmente, mostrou-se a evolução teórica do tema. Verificou-se que os motivos que justificariam a aplicação da irresponsabilidade perderam força atualmente. A responsabilidade por culpa também foi desconstruída, seja pela esterilidade da oposição entre atos de império e de gestão, e a tão só reprimenda destes, seja pela desnecessidade de se vislumbrar culpa em sentido lato para a configuração da responsabilidade. Após, foram destacadas as teorias publicistas, da culpa administrativa e do risco administrativo, definindo-se que esta última compreende a posição seguida pela Constituição Federal vigente. E restou demonstrado que as diferenças entre as teorias do risco administrativo e do risco integral são preponderantemente terminológicas, e não conceituais, sendo certo que o ordenamento pátrio não admite a responsabilidade até mesmo quando demonstradas atenuantes ou excludentes de causalidade⁴⁹¹.

⁴⁹¹ Luís Alberto Thompson Flores Lenz sintetiza, de forma apurada, com lógica cronológica e em tom conclusivo, a sequência do desenvolvimento da

Foi possível aferir que a responsabilidade civil do Estado na legislação brasileira recebeu tratamentos diversos. No âmbito constitucional, percebeu-se uma proximidade inicial com a responsabilidade subjetiva, podendo-se dizer que a teoria da irresponsabilidade não foi acolhida por nenhuma das Constituições. A partir da CF de 1946, sobressaiu-se a responsabilidade objetiva, mantida durante o regime militar e na CF de 1988. Quanto aos Códigos Civis, viu-se que o de 1916 deixava dúvidas sobre o regime de responsabilidade adotado, o que não se estendeu ao Diploma de 2002, o qual, adequado à Lei Maior, prevê claramente a responsabilidade sem culpa.

Embora tenha mantido a mesma orientação, verificou-se que a Constituição de 1988 trouxe inovações em relação às Cartas anteriores. Seu regime de responsabilidade passou a prever expressamente a

responsabilidade civil do Estado, merecendo tal excerto ser reproduzido na íntegra na conclusão do presente estudo:

“Tamanha e tão rápida foi a evolução da responsabilidade civil dos entes públicos, adotando-se como parâmetro os milhares de anos da evolução do homem, que se pode dizer que houve uma modificação de quase 180 graus nessa matéria em um período de aproximadamente três séculos.

Durante o absolutismo, e como decorrência da ideia de que o poder do soberano era divino, proveniente diretamente de Deus, vigia a irresponsabilidade civil do Estado, eis que tanto os governantes quanto seus prepostos agiam inspirados no Senhor, e, imbuídos de tal espírito, não podiam errar.

Após, no liberalismo, restaram equiparados em direitos e obrigações tanto os entes estatais quanto seus súditos, cabendo a estes provar a culpa daqueles para ensejar a sua responsabilização.

Hoje vige entre nós o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, sem culpa, inspirado no § 6.º do art. 37 da CF, pelo qual o Poder Público responde independentemente da prova de sua culpa, desde que não demonstre conduta censurável do lesado, causadora por si só do dano, ou força maior.

Não adotamos, entretanto, o risco integral, onde o Estado responderia sempre, ainda que fosse culpado o particular. Tal evolução se deu, e como bem salienta o administrativista tedesco FRITZ FLEINER, em respeito à ideia de que é finalidade essencial do ente público a proteção de situações jurídicas individuais e coletivas.

Logo, atualmente, tem-se cada vez mais como certa a noção de que toda e qualquer lesão proveniente do poder público tem que ser indenizada, mesmo que decorrente de ato lícito do Estado, salvante, obviamente, a culpa da vítima, o caso fortuito e a força maior”. LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. A responsabilidade civil do estado pela prática de ato lícito. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 205, jul. 1996, p. 118.

responsabilidade das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos (e não só das pessoas de direito público), além de substituir a palavra “funcionários” por “agentes” públicos, em clara intenção de ampliar o seu espectro de abrangência.

Tratou-se, aliás, da responsabilidade pessoal do agente público, exercida regressivamente (cf. a CF de 1988), concluindo-se que a doutrina controverte-se a respeito da obrigatoriedade de se exercer o regresso e a respeito do modo de acionamento do agente. Já a jurisprudência, ao menos das mais altas Cortes de Justiça do país, também é variável no que toca ao acionamento, predominando no STF o entendimento pela impossibilidade de se provocar diretamente o agente e no STJ a possibilidade de escolha, pela vítima, de quem comporá o polo passivo da ação indenizatória. Demonstrou-se, por fim, haver discussão doutrinária sobre a obrigatoriedade de se realizar a denúncia da lide nos casos de responsabilidade do Estado, sendo que, nos Tribunais, predomina a tese de sua facultatividade. Desse modo, o Estado sempre poderia exercer o direito de regresso, inclusive via ação autônoma, ainda que o agente não seja chamado para integrar o feito.

Os requisitos da responsabilidade civil do Estado também foram objetos do estudo, afirmando-se a sua indispensabilidade e concorrência.

Com efeito, o dano indenizável corresponde à lesão, material ou moral, a direito (interesse) de terceiro. Mostrou-se que a sua ocorrência deve ser certa, e atual ou futura. Do contrário, até se pode falar em dano, mas ele não terá implicações no âmbito da responsabilidade civil do Estado.

Quanto ao nexa causal, caracterizado como o vínculo entre o dano e a conduta, verificou-se que, para parte da doutrina, das teorias existentes para justificá-lo, o direito brasileiro adota a teoria do dano direto e imediato. Ela prevê a exclusão da causalidade em relação a determinada causa quando houver causa superveniente, desde que esta seja necessária. Concluiu-se, todavia, que o nexa deverá ser aferido caso a caso, não podendo se falar na aplicação automática de uma ou de outra teoria.

E, em relação à exigência de que o dano tenha sido cometido por agente público, percebeu-se que essa sua qualidade deve ter sido determinante para a atividade lesiva. Ou seja, o dano deve ter sido causado a pretexto da condição de agente público, podendo falar-se em responsabilização mesmo quando o servidor não esteja exercendo o seu cargo no momento do dano.

Nesse encaixo, falou-se das atenuantes e excludentes de responsabilidade. Demonstrou-se que apenas a doutrina diverge sobre a

relação entre os conceitos de caso fortuito e força maior, sendo tratados como sinônimos na lei e jurisprudência. Já a respeito do fato da vítima e do fato de terceiros, destacou-se que, em ambos, pode-se observar a causalidade concorrente, responsabilizando-se o Estado e a vítima ou terceiro, nos limites de sua contribuição para o dano.

Por fim, o capítulo admitiu a possibilidade de se configurar a responsabilidade civil estatal decorrente de ato lícito, havendo ampla aceitabilidade na doutrina e na jurisprudência. Ademais, tratou sobre a responsabilidade a partir de condutas omissivas, aduzindo a existência de controvérsia na doutrina sobre a sua modalidade, mas predominando a objetiva (risco administrativo). Em relação à corrente que entende pela responsabilidade subjetiva, explicou-se que os seus defensores sustentam que a omissão não é causa, mas condição do dano, sendo fundamental a verificação de dolo ou culpa na não realização de determinada atividade. A jurisprudência, por sua vez, conquanto não seja pacífica, está se encaminhando para privilegiar a responsabilidade com culpa nos casos de atos omissivos do Estado.

Já no segundo capítulo, iniciou-se expondo as diferenças entre as funções típicas dos Poderes do Estado, sendo o Legislativo responsável por editar leis, o Executivo por executá-las e o Judiciário por aplicá-las concretamente. Como se viu, tais funções não são absolutas, sendo possível que um Poder tangencie atribuições de outros. Além disso, pode se falar na interferência de um Poder em outro, sendo esta elemento próprio do arranjo democrático.

Na sequência, foram relacionados os atos e funções judiciais aos atos e funções jurisdicionais, concluindo-se que estes são espécies daqueles. Para tanto, a responsabilidade pelos atos judiciais não jurisdicionais recebe o mesmo tratamento dos atos administrativos (art. 37, § 6.º, da CF), enquanto o regime que recai sobre os jurisdicionais é diferente, compreendendo justamente o objeto deste estudo.

Verificou-se, também, que os principais casos de atividades judiciais danosas são o erro judiciário, a prisão além do tempo e a demora na prestação jurisdicional. Enfocou-se na primeira delas, conceituando-se o erro judiciário como o equívoco ou desvio que, verificado em sentença ou em decisão interlocutória, dá azo a dano indenizável a pelo menos uma das partes. Reconheceu-se, ainda, a possibilidade de se ter erro judiciário criminal ou cível, mesmo sendo tal conceito mais facilmente associado à seara penal.

Com efeito, viu-se que o erro judiciário recebe tratamento especial na Constituição Federal – art. 5.º, inc. LXXV –, o que dificulta a aceitação da tese da irresponsabilidade nesses casos. Nada obstante,

embora tal dispositivo aborde apenas o termo genérico “erro judiciário”, sem limitá-lo, parte da doutrina entende que a sua configuração deve ser restrita, limitando-se a casos de erro substancial, marcados pelo dolo ou pela culpa. Desse modo, não se poderia falar em responsabilidade nos casos de decisões que, fundamentadas, simplesmente se enveredaram por entendimento distinto da tese defendida pela parte que se diz prejudicada.

Além disso, demonstrou-se a divergência doutrinária acerca da necessidade de revisão criminal ou de ação rescisória para se constituir o erro judiciário, chegando-se à conclusão de que, como regra, a sentença deve ser desconstituída, abrindo-se mão de tal exigência apenas em casos específicos.

Tratando-se propriamente do sistema de responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, percebeu-se que o seu desenvolvimento não acompanhou o deslocamento sentido na regra geral de responsabilidade, tendo a doutrina clássica, por muito tempo, sido partidária do seu não reconhecimento. O motivo alegado para sustentar tal descompasso cinge-se no fato de que a função jurisdicional é expressão direta da soberania e da liberdade dos magistrados, razão pela qual mereceria tratamento diferenciado.

Com efeito, o entendimento que prevalece é o de que a responsabilidade por atos do juiz será reconhecida, mas apenas em casos excepcionais, previstos em lei (art. 5.º, inc. LXXV, da CF; e art. 133 do CPC e 49 da LOMAN). Na jurisprudência do STF, também predomina a tese da responsabilidade como exceção.

Em sendo reconhecida a responsabilidade, há divergência na doutrina e jurisprudência quanto à sua modalidade: se objetiva ou se subjetiva. Para os que entendem pela indispensabilidade da culpa, os juízes são equiparados aos servidores públicos, atraindo o mesmo regime de responsabilidade observado nas demais funções estatais. Por outro lado, há entendimento no sentido de que o Estado só terá que indenizar nos casos de dolo ou culpa do magistrado, visto não se estar tratando de servidores públicos comuns. A despeito de qualquer discussão sobre ser objetiva ou subjetiva, soa mais acertada a conclusão de que a irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais não se coaduna aos preceitos democráticos atuais, admitindo-se a responsabilidade, ou objetiva, ou subjetiva, ainda que excepcionalmente.

Auxiliando na fixação da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, tratou-se de fundamentos que auxiliam o seu reconhecimento.

Viu-se que a soberania não deve ser acolhida como argumento para limar qualquer possibilidade de se responsabilizar o ente público. A uma, porque não existe soberania do Poder Judiciário. A duas, porque, se soberano é o Estado, então a responsabilidade sobre atos do Executivo e do Legislativo também deveria ser preservada.

Em relação à independência dos magistrados como fator para a irresponsabilidade do poder público, verificou-se que ela não é absoluta, mostrando-se perfeitamente compatível com a responsabilização. A responsabilidade se verifica em situações específicas, não sendo qualquer decisão desfavorável ensejadora de indenização, podendo os juízes atuar livremente.

A falibilidade dos magistrados também não pode ser considerada motivo automático para não se responsabilizar o julgador.

E, como se viu, o argumento da incontestabilidade da coisa julgada cai por terra, pois não há incompatibilidade entre se preservar decisão imutável – mesmo que passado o prazo de ação rescisória –, e, posteriormente, reconhecer que esta causou danos.

Por fim, o trabalho tratou da responsabilidade civil e pessoal dos juízes, diferenciando-a da responsabilidade civil do Estado (por ato jurisdicional), e afirmando que esta é mais ampla que aquela. A fim de limitá-la, distinguiu a responsabilidade civil dos magistrados de suas responsabilidades penal e disciplinar, aduzindo que aquela pode trazer a restrição de liberdade e esta atrair penalizações na seara administrativa.

Ademais, defendeu-se o descabimento da irresponsabilidade do juiz, sendo a sua responsabilidade verificada em casos restritos, previstos em lei, sendo menos amplas que as hipóteses da regra geral do regresso por dolo ou culpa do art. 37, § 6.º, da CF. Essa limitação se justifica pelas próprias características da carreira, sendo essencial para o próprio funcionamento da atividade jurisdicional que não se considere qualquer conduta meramente culposa como motivo para a responsabilidade pessoal do julgador.

As hipóteses taxativas de responsabilidade do juiz, trazidas nos incisos dos arts. 133 do CPC e 49 da LOMAN, compreendem o dolo ou fraude (inc. I) e a recusa, omissão ou retardamento da prestação (inc. II).

A esse respeito, viu-se que há dúvidas sobre a forma de discussão da responsabilidade do magistrado. Há três correntes de entendimento, que variam da inconstitucionalidade do art. 133 do CPC (49 da LOMAN) até a sua constitucionalidade, havendo posicionamento pelo acionamento direto e pelo regressivo. Para tanto, demonstrou-se que a jurisprudência caminha no sentido de reconhecer a responsabilidade

apenas pela via regressiva, o que será expressamente previsto no art. 143 do novo Código de Processo Civil.

Para melhor compreender o tema, fez-se análise detida das possibilidades de se responsabilizar o juiz. Primeiramente, tratou-se do dolo e fraude, com destaque para a existência de entendimento doutrinário pela identidade (a fraude seria expressão do dolo) e de entendimento contrário, pela diferença entre os conceitos (a fraude referir-se-ia ao comportamento do magistrado, e o dolo à violação de um dever). Diante disso, o inc. I negaria o acionamento nos casos de conduta culposa, a qual seria insuficiente para empenhar a responsabilidade.

Em um segundo momento, o objeto da discussão cingiu-se na análise da recusa, omissão ou retardamento do juiz. Embora se possa considerar, *a priori*, que a responsabilidade nesses casos pode ser culposa, viu-se que a exigência do parágrafo único acaba por alterar a característica da responsabilidade, pois o juiz que, notificado, não agir, assim não o fez de maneira deliberada, portanto dolosa. Essa exigência sofrerá alteração no NCPC, excluindo a intermediação do escrivão para notificar o magistrado, simplificando a aferição da responsabilidade. De todo modo, há que se falar na elisão da responsabilidade do julgador nos casos em que houver justo motivo para a omissão, o que não necessariamente interfere na responsabilidade do Estado, que poderá ser exigida com fundamento na falta anônima.

Realizadas as discussões ao longo deste trabalho, é possível visualizar que o art. 37, § 6.º, da CF estabelece a regra geral da responsabilidade civil do Estado – cuja aplicação, para parte da doutrina, estende-se a todos os Poderes –, e, regressivamente, a responsabilidade pessoal do agente causador do dano. Já o art. 5.º, inc. LXXV, da CF prevê expressamente a indenização do Estado em casos específicos, quando se tratar de erro judiciário ou de prisão além do tempo. Não haveria, para tanto, incompatibilidade entre esses preceitos constitucionais, reconhecendo-se responsabilidade estatal também a partir do exercício da função jurisdicional.

Com efeito, a limitação do inc. LXXV do art. 5.º sinaliza que a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, pelas suas próprias características, é tratada de forma diferenciada, exclusiva, havendo diferenças perante a regra geral de responsabilidade civil do poder público. Por isso, conclui-se que é dado tratamento próprio à responsabilidade por ato jurisdicional, o que não significa a defesa de sua irresponsabilidade. Longe disso, pois o Estado é responsável pelos

atos de seus juízes, em casos específicos, também se falando na responsabilidade pessoal deles, em hipóteses ainda mais restritas.

Logo, a conclusão a que se chega é que, sabendo-se que a responsabilidade civil do Estado é expressão do próprio Estado democrático de Direito, então também deve ser reconhecida no âmbito dos atos praticados no exercício da função jurisdicional, ainda que de maneira excepcional e ainda que dependente da configuração de elementos subjetivos, como defende parte da doutrina.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 11.^a ed., rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Ajuris*. Porto Alegre: ago. 2001, Ed. Temática, p. 150-185.

_____, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Interesse público*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, ano IX, n.º 44, 2007.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo – RDCC*. São Paulo: RT, vol. 6, ano 3, jan.-mar. 216, p. 89-103.

ALMEIDA, Luciana Dayoub Ranieri de. A responsabilidade patrimonial do Estado e a teoria do risco administrativo. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. São Paulo: vol. 2, n. 14, nov./2014, p. 183-213.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975.

_____, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. Vol. I. 6. ed. São Paulo: RT, 1997.

ANNONI, Danielle. *A responsabilidade do estado pela demora na prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

ARDANT, Philippe. *La responsabilité de l'État du fait de la fonction juridictionnelle*. Paris: LGDP, 1956.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva pura e impura: algumas hipóteses de

responsabilidade civil no Código de Processo Civil. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, n.º 44, out. 1994, p. 7-19.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 31.ª Ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. 1.ª Ed., 4.ª Tiragem. São Paulo: RT, 1984.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 1. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BARROS, Octávio Augusto Machado de. *Responsabilidade pública*. São Paulo: RT, 1956.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3.º Vol., tomo III. São Paulo: Saraiva, 1992.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Vol. 1. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1940.

BODIN, Jean. *Os seis livros da República*: Livro primeiro. 1. ed. São Paulo: Ícone Editora, 2011.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da responsabilidade civil do Estado: À luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. 3.ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

BRASIL. Código Civil (1916). *Lei N.º 3.071, de 1.º de Janeiro de 1916*. Brasília, 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: _____.

_____. Código Civil (2002). *Lei N.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002*. Brasília, 2002. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: _____.

_____. Código de Processo Civil (1939). *Decreto-Lei N.º 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Rio de Janeiro, 1939. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: _____.

_____. Código de Processo Civil (1973). *Lei N.º 5.869, de 11 de Janeiro de 1973*. Brasília, 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: _____.

_____. Código de Processo Civil (2015). *Lei N.º 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília, 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: _____.

_____. Código de Processo Penal (1941). *Decreto-Lei N.º 3.689, de 3 de Outubro de 1941*. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: _____.

_____. Código Penal (1940). *Decreto-Lei N.º 2.848, de 7 de Dezembro de 1940*. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: _____.

_____. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: _____.

_____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: _____.

_____. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)*. Rio de Janeiro, 1934.

Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: _____.

_____. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: _____.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: _____.

_____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Brasília, 1967. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: _____.

_____. Constituição (1969). *Emenda Constitucional N.º 1, de 17 de Outubro de 1969*. Brasília, 1969. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_ante_rior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: _____.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: _____.

_____. EC 45/2004 (2004). *Emenda Constitucional N.º 45, de 30 de Dezembro de 2004*. Brasília, 2004. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: _____.

_____. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Decreto-Lei N.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010)*. Rio de Janeiro, 1942. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: _____.

_____. Lei Orgânica da Magistratura Nacional (1979). *Lei Complementar N.º 35, de 14 de Março De 1979*. Brasília, 1979.
Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: _____.

BÜHRING, Marcia Andrea. *Responsabilidade civil extracontratual do estado*. São Paulo: Thomson IOB, 2004.

BUZAID, Alfredo. Da responsabilidade do juiz. *Revista de Processo*. São Paulo: vol. 3, n.º 9, jan./mar. 1978, p. 15-36.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CALVO COSTA, Carlos A. *Daño Resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes irresponsáveis*. Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

CARLIN, Volnei Ivo. *Direito administrativo*. Florianópolis: Ed. OAB/SC, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituzioni del processo civile Italiano*. 5.ª Ed. Roma: Soc. Ed. Del “Foro Romano”, 1956.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. rev. ampl. atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTRO, Guilherme Couto e. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 2.ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CASTRO, Honildo Amaral de Mello. Responsabilidade civil do estado: alguns aspectos. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 372, mar. 2004, p. 109-117.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do estado*. 2 t. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil* [Istituzioni di Diritto Processuale Civile]. Trad. Brasileira J. Guimarães Menegale. Notas por Enrico Tullio Liebman. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28.^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COELHO, Márcio Xavier. *Fundamentos da responsabilidade civil estatal*. Brasília: OAB, 2005.

CORRÊA, André Rodrigues. *Solidariedade e Responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. 2008, 591 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

COTRIM NETO, A. B. Responsabilidade do estado por atos de juiz: em face da constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Não determinada, vol. 9, jul. 1995, p. 12-30.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O Direito Privado brasileiro na Visão de Clóvis do Couto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

_____, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____, José. *Tratado de direito administrativo*. Vol. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

_____, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: vol. 99, jan./mar. 1970, p. 12-31.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Responsabilidade civil do estado: princípios gerais. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, Vol. 78, out. 1996, p. 55-103.

DALLARI, Adilson. *Regime constitucional dos servidores públicos*. São Paulo: RT, 1976.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Antônio José Brandão. Vol. II. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1972.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade civil do estado no direito brasileiro. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: vol. 29, maio 2004, p. 140-158.

_____, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DUEZ, Paul. *La Responsabilité de la puissance publique*. Paris: Dalloz, 1927.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*: tome III. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, Éditeurs, 1923.

FACCHINI NETO, Eugênio. Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo Código. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, n.º 309, ano 51, p. 23-32.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-juiz: Estado e juízes constitucionalmente responsáveis*. Curitiba: Juruá, 1995.

FRANÇA. Constituição do Ano VIII. *Constitution du 22 Frimaire An VIII*. De 13 de dezembro de 1799. Disponível em < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>>. Acesso em: _____.

FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2.^a ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização do erro judiciário*. São Paulo: LEUD, 1995.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: vol. 86, jan./abr. 1941, p. 548-559.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Vol. 1. Madri: Editorial Revista de Direito Privado, 1958.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A Responsabilidade Civil do Juiz*. São Paulo: RT, 2000.

LEME, Lino de Moraes. *Da responsabilidade civil fora do contrato: ensaio*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1927.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Responsabilidade do estado por atos judiciais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Não determinada, vol. 138, abr. 1998, p. 55-63.

LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. A responsabilidade civil do estado pela prática de ato lícito. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, vol. 205, jul. 1996, p. 117-124.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. pelo professor Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1998.

LOMONACO, Jose Antonio; MARTORI, Flávia Vanini Martins. Responsabilidade civil do estado por ato lícito. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, vol. 6, jul./2000, p. 132-141.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Vol. 5, 4. ed., rev. e atual. por José Santa Maria Serpa. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1948.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: RT, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41.^a Ed. Atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 02.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10.^a Ed., rev. e atual. até setembro de 1999. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000.

_____, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: Parte Geral, Arts. 1.º a 120 do CP*. Vol. 1. 26.^a Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – Parte Geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

- MOURÃO, Jacira Nunes. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Civil*, n.º 3, ano 2, jan./mar. 1978.
- NANNI, Giovanni Ettore. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade civil do Estado: dano moral, dano material, indenização principal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1995.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 2.ª Ed. São Paulo: RT, 1996.
- NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3.ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- PERIN, Jair José. A responsabilidade civil do estado e o dano moral. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 814, ago. 2003, p. 115-124.
- PIRES, Sandra Regina. O juiz em juízo: a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais no contencioso cível e a desconstituição da coisa julgada como requisito para a ação indenizatória. *Juris Plenum*. Caxias do Sul: vol. 9, n. 50, mar./2013, p. 127-144.
- PONDÉ, Lafayette. Da responsabilidade civil do Estado por atos do Ministério Público. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 152, 1954.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol. 5. 2.ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1953.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1974.
- PORTO, Mário Moacyr. *Temas de Responsabilidade Civil*. São Paulo: RT, 1989.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5.^a Ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais*. São Paulo: LTr, 2003.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. 3. Ed. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 3.^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. In: *Revista de Informação Legislativa*, n.º 111, jul./set. 1991.

ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

SALAZAR, Alcino de Paula. *Responsabilidade do Poder Público por Atos Judiciais*. Rio de Janeiro: Canton & Reile, 1941.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: Indenização no Código Civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile em Droit Français*. T. 1. Paris: LGDP, 1939.

SÉ, João Sento. Responsabilidade civil do Estado pela atividade judiciária na Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da UFBA*. Salvador: vol. 35, 1991.

_____, João Sento. *Responsabilidade civil do estado por atos judiciais*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá Editora, 1996.

_____, Odoné. Responsabilidade civil do estado pelo mau funcionamento dos serviços judiciários. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Não determinada, vol. 746, dez. 1997, p. 123-135.

SILVA FILHO, Arthur Marques da. Juízes irresponsáveis? Uma indagação sempre presente. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: vol. 674, dez. 1991, p. 70-80.

SILVA, Ivan de Oliveira. *A Morosidade Processual e a Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Editora Pillares, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Juary C. *A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos: teoria da responsabilidade unitária do poder público*. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____, Juary C. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: vol. 351, jan. 1965, p. 19-50.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 3.^a Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Responsabilidade do Estado: erro judicial praticado em ação cível*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: ano 79, n.º 652, fev. 1990.

STF, AI 803831/SP AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 15/05/2013.

_____, AI 855343/MG AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 04/09/2012.

_____, AR 2388/MG AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 23/04/2015.

_____, ARE 756753/PE AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 24/09/2013.

_____, ARE 770931 AgR/SC, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 10/10/2014.

_____, ARE 770931/SC AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 13/10/2014.

_____, ARE 770931/SC AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 13/10/2014.

_____, ARE 894435/DF AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 13/08/2015.

_____, MS 25344/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ROBERTO BARROSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 12/11/2014, DJe 09/02/2015.

_____, MS 27621/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Rel. p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 07/12/2011, DJe 11/05/2012.

_____, MS 28724/AC AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 30/04/2014, DJe 19/05/2014.

_____, MS 33690/DF AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 18/02/2016.

_____, RE 113587/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/1992, DJ 03/04/1992.

_____, RE 188.093/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, SEGUNDA TURMA, julgado em 31/08/1999, DJ 08/10/1999.

_____, RE 188.093/RS, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, SEGUNDA TURMA, julgado em 31/08/1999, DJ 08/10/1999.

_____, RE 219.117/PR, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/08/1999, DJ 29/10/1999.

_____, RE 219117/PR, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/08/1999, DJ 29/10/1999.

_____, RE 228.977/SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2002, DJ 12/04/2002.

_____, RE 228977/SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2002, DJ 12/04/2002.

_____, RE 238453/SC, Rel. Min. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2002, DJ 19/12/2002.

_____, RE 327904/SP, Rel. Min. CARLOS BRITTO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJ 08/09/2006.

_____, RE 327904/SP, Rel. Min. CARLOS BRITTO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJ 08/09/2006.

_____, RE 344.133/PE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 13/11/2008.

_____, RE 429518/SC AgR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2004, DJ 28/10/2004.

_____, RE 470996/RO AgR, Rel. Min. EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 10/09/2009.

_____, RE 479108/RS AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 27/09/2013.

_____, RE 505393/PE, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJe 05/10/2007.

_____, RE 518278/GO AgR, Rel. Min. EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, julgado em 31/03/2009, DJe 24/04/2009.

_____, RE 546609/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 22/03/2012, DJe 30/05/2014.

_____, RE 549560/CE, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 22/03/2012, DJe 30/05/2014.

_____, RE 553637/SP ED, Rel. Min. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 25/09/2009.

_____, RE 90071/SC, Rel. Min. CUNHA PEIXOTO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 18/06/1980, DJ 26/09/1980.

_____, RE 92214/RS, Rel. Min. SOARES MUNOZ, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/03/1980, DJ 21/03/1980.

_____, RE 93880/RJ, Rel. Min. DÉCIO MIRANDA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/1981, DJ 05/02/1982.

_____, RHC 7.360/MA, Rel. Min. VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 28/04/1998, DJ 18/05/1998, p. 152.

STJ, AgRg no AREsp 243.494/PR, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJ 19/02/2013.

_____, AgRg no AREsp 60.305/CE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011.

_____, AgRg no AREsp 63.018/RJ, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 03/04/2013.

_____, AgRg no REsp 1208096/SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 02/02/2011.

_____, HC 64.647/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2007, DJ 21/05/2007, p. 599.

_____, REsp 1.022.798/ES, Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJ 28/11/2008.

_____, REsp 1089955/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 24/11/2009.

_____, REsp 1299900/RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 13/03/2015.

_____, REsp 1325862/PR, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJ 10/12/2013.

_____, REsp 481.939/GO, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2005, DJ 09/05/2005.

_____, REsp 731.746/SE, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 04/05/2009.

_____, REsp 759.272/GO, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2005, DJ 19/06/2005.

_____, REsp 770590/BA, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/03/2006, DJ 03/04/2006.

_____, REsp 847.687/GO, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 25/06/2007.

_____, REsp 996.056/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 27/05/2009.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8.^a Ed., rev., atual. e ampl. com Comentários ao Código Civil. São Paulo: RT, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In *Temas de Direito Civil*. T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TJMG, AC 1.0223.10.010356-1/001, de Divinópolis, Rel. Des. BITENCOURT MARCONDES, OITAVA CÂMARA CÍVEL, julgado em 05/09/2013, DJ 16/09/2013.

TJRJ, RI 0039326-76.2011.8.19.0001, de Rio de Janeiro, Rel. Juiz FABIO RIBEIRO PORTO, PRIMEIRA TURMA RECURSAL FAZENDÁRIA, julgado em 27/01/2012, DJe 27/01/2012.

TJRS, AC 70037365673, Rel. Des. NEY WIEDEMANN NETO, SEXTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 16/12/2010, DJ 19/01/2011.

_____, AC 70046584629, de Lajeado, Rel. Des. IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, NONA CÂMARA CÍVEL, julgado em 25/01/2012, DJ 30/01/2012.

_____, AC 70047557756, de Erechim, Rel. Des.. ROMEU MARQUES RIBEIRO FILHO, QUINTA CÂMARA CÍVEL, julgado em 30/05/2012, DJ 05/06/2012.

TJSC, AC 2004.034718-2, de Mafra, Rel. Des. LUIZ CÉSAR MEDEIROS, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, julgado em 22/03/2005, DJ 20/04/2005.

_____, AC 2007.039746-1, da Capital, Rel. Des. Rodrigo Collaço, QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, julgado em 29/07/2010, DJe 06/08/2010.

_____, AC 2010.046520-7, de Indaial, Rel. Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA, QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, julgado em 24/02/2011, DJe 09/03/2011.

_____, AC 2014.030868-6, de Itajaí, Rel. Des. Subst. STANLEY DA SILVA BRAGA, TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014.

TJSP, AC 0029417-53.2011.8.26.0053, de São Paulo, Rel. Des. MOACIR PERES, SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, julgado em 05/08/2013, DJ 11/08/2013.

_____, AC n.º 0019206-98.2012.8.26.0577, de São José dos Campos, Rel. Des. MANOEL RIBEIRO, 8.ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, julgado em 19/11/2014, DJ 26/11/2014.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1974.

TRF 2, AGRAVO INTERNO EM AC 2004.51.01.009430-4, Rel. Des. Fed. SERGIO SCHWAITZER, SÉTIMA TURMA, julgado em 18/04/2007, DJ 08/05/2007.

TRF 3, AC 1001/SP 0001001-52.2005.4.03.6102, Rel. Des. Fed. REGINA COSTA, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 20/06/2013.

TRF 4, APELREEX 2006.71.00.040385-0/RS , Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJ 05/05/2010.

ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: RT, 1981.

