

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS

Luiza Barros Rozas

Bacharel pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo.

Resumo:

A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais constitui importante mecanismo de defesa do indivíduo em face do Poder Público. Mediante a responsabilização do Estado pelos danos decorrentes da atividade judiciária que, não raramente geram situações irreversíveis aos jurisdicionados, o cidadão tem assegurada a possibilidade de ressarcimento do prejuízo por ele injustamente suportado.

O estudo da evolução histórica do tema em questão revela a tendência da doutrina e dos Tribunais brasileiros em alargar cada vez mais o campo da responsabilidade do Poder Público, muito embora a responsabilidade por atos jurisdicionais seja ainda ponto de enorme controvérsia.

O escopo deste trabalho, portanto, é discutir a possibilidade de se responsabilizar o Estado pela atividade desenvolvida por seus juizes, seja por falta, falha ou demora na prestação jurisdicional. Todavia, não se busca examinar a responsabilidade pessoal do magistrado, uma vez que este, sendo agente estatal, age como se Estado fosse. O magistrado, ao outorgar a prestação jurisdicional, atua em nome do Estado-Juiz, exercendo a atribuição que lhe é imposta constitucionalmente. Almeja-se, na realidade, o reconhecimento da responsabilidade própria do Estado como sujeito de direitos e deveres na ordem jurídica.

Neste sentido, justifica-se a supressão do adjetivo “civil” para tratar da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, uma vez que o tema em tela deixou de ser tratado exclusivamente pelo Direito das Obrigações. Aliás, desde o momento em que a responsabilidade do Estado passou a ter nova fundamentação jurídica, qual seja, a equalização dos encargos que o Estado impõe aos membros da comunidade, deixou também de ter mero enfoque privado para se submeter aos ditames do Direito Público. Entretanto, sua admissão ainda suscita acesos debates na doutrina e jurisprudência brasileiras, sendo tema de grande atualidade.

Abstract:

The liability of the State for jurisdictional acts is an important mechanism for the defense of individuals against the government. By holding the State liable for torts committed by judges, who not rarely cause damages to people, the citizen is ensured the possibility of being compensated.

The study of the historical evolution of the theme in question show us the tendency of the doctrine and jurisprudence in Brazil to extend the liability of the State, even though the responsibility for jurisdictional acts is still controversial.

The purpose of this paper is to discuss the possibility of holding the State responsible for torts committed by judges due to either lack or fault or even delay in judgment. However, we do not intend to examine personal responsibility of judges, since they act on behalf of the State. The judge acts as a State-Judge that only performs his constitutionally imposed duties. In fact, what is aimed is the recognition of the liability of the State as an individual entity with rights and duties in the law system.

In this sense, the absence of the adjective “civil” when dealing with the liability of the State for jurisdictional acts is justified, since the topic in question is no longer exclusive to Contract Law. From the moment the liability of the State started to be considered in the light of a new legal fundament, that is, it started to be based on equity and lost the private approach it was given to beforehand to become subjected to Public Law. Nevertheless, such understanding as to admitting the liability of the State for jurisdictional acts is still controversial in Brazil today.

Unitermos: responsabilidade; Estado; juízes.

Keywords: responsibility; Stats; judges.

“O poder, para não degenerar, nunca deve ser deixado sem controle”

(Mauro Cappelletti)

1. Histórico.

A responsabilidade dos magistrados é matéria jurídica bastante antiga, tendo sido prevista no Código de Hamurabi, em sua máxima “*olho por olho, dente por dente*”¹ No Direito Romano, por sua vez, a conduta do Juiz passou a ser primeiramente regida pela Lei das XII Tábuas, que estabelecia a pena capital para a corrupção do magistrado.²

Com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, em 326 a.C., ficaram proibidas as penas corporais em sede de responsabilidade civil, restando apenas o patrimônio

1. *Código de Hamurabi, Código de Manu (livros oitavo e nono), Lei das XII Tábuas*, 2. ed, São Paulo, Edipro, 2002, p. 11.

2. *Idem*, p. 141.

como garantia do prejudicado. A partir daí, o Juiz que tivesse agido com negligência ou má-fé deveria ressarcir o dano causado.

Mais tarde, o princípio da responsabilidade civil foi esboçado pela *Lex Aquilia* como germe da teoria clássica da culpa e da responsabilidade subjetiva como culpa decorrente do delito.

Entretanto, é importante ressaltar que, durante todo este período, o delegante da autoridade judiciária - o *Imperatore*, responsável pela administração da justiça, ficava a margem da responsabilidade, não podendo ser alcançado pela ação de seus súditos.

Já no Direito medieval, os tribunais superiores impunham uma pena ao juiz quando, do provimento do recurso de apelação, reconheciam que a sentença decidiu a causa contra a lei. Tal punição era prevista na *Lex Alamanorum*.

Com o esfacelamento do regime feudal e o conseqüente surgimento dos Estados Modernos, ocorreu um recrudescimento da concentração de poderes, passando os monarcas a representar o próprio Direito. Durante esta época, prevalecia a idéia de incontrastabilidade do poder, retratada nas expressões “*the King can do no wrong*” ou “*le roi ne peut mal faire*”. A imposição do dever de o Poder Público ressarcir a vítima por danos causados pelos seus agentes chocava-se com o princípio segundo o qual, sendo o Estado ente soberano, não poderia produzir mal.

Deste modo, o nascimento dos Estados Modernos não trouxe de pronto a responsabilidade estatal por atos de seus agentes. Ao contrário, a teoria do direito divino, elaborada por Bossuet para justificar o poder ilimitado dos monarcas, tornava inviável qualquer tentativa de responsabilizá-los.

Essa situação perdurou por mais de um século, pois somente no final do século XVIII, com o Iluminismo e a Revolução Francesa, é que a idéia de Estado passou a se desvincular da pessoa física do Soberano.

Contudo, necessário se faz lembrar que o advento das revoluções burguesas e do Estado de Direito não foi, como em princípio se poderia imaginar, razão da imediata aceitação da responsabilização do Estado. A teoria da separação dos poderes obstaculizava sua efetivação, sob o argumento de que a condenação da Administração por parte do Poder Judiciário significaria uma intervenção indevida deste na esfera de autonomia do Executivo.

O início da responsabilidade civil do Estado somente foi possível a partir do desenvolvimento de uma teoria que propugnava agir o Estado em duas

diferentes roupagens, ora como pessoa pública, ora como pessoa civil. A partir da distinção destes dois tipos de atuação foi possível ao Estado adentrar a seara civil, enquanto empresário, e passou a ser viável a sua responsabilização quanto a atitudes compreendidas dentro desta segunda acepção.

A noção de responsabilidade é contemporânea do Estado de Direito, uma vez que pressupõe a submissão do Poder Público a uma ordem jurídica. Consagrando o Estado Moderno o princípio da igualdade, revelou-se antijurídico o comportamento estatal que agrave desigualmente a alguém, ao exercer sua atividade no interesse de toda a coletividade. Segundo Eduardo Sotto Kloss “*quem diz Direito diz, pois, responsabilidade*”³

Ressalte-se que o movimento jurídico em prol da responsabilidade do Estado pelos prejuízos que sua ação causasse à cidadania iniciou-se na França. Tratava-se, contudo, de uma responsabilidade adaptada aos moldes do Direito Civil. Foi na Alemanha onde ocorreu, de fato, a implantação de uma doutrina sobre a responsabilidade do Estado nos moldes do Direito Público. Ora, a responsabilidade estatal por danos causados a terceiros há de possuir uma fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Os administrados não têm como se evadir ou sequer minimizar os perigos de dano provenientes da ação do Estado, ao contrário do que sucede nas relações privadas. Deveras: é o próprio Poder Público quem dita os termos de sua presença no seio da coletividade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os membros do corpo social. Finalmente, é de lembrar que os danos causados pelo Estado resultam de comportamentos produzidos a título de desempenhar missões no interesse de toda sociedade, justificando, portanto, um regime próprio para a sua responsabilidade, capaz de compatibilizar-se com as peculiaridades de sua pessoa.⁴

Neste sentido, justifica-se a supressão do adjetivo “civil” para tratar da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, uma vez que o tema em tela deixou de ter mero enfoque privado para se submeter aos ditames do Direito Público.

3. *La Responsabilidad Extracontractual Del Estado Administrador, Un Principio General Del Derecho Chileno*, in *Revista de Derecho Publico* 21/22 (1977), p. 156.

4. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 803-804.

De acordo com Jenillek, “*o peculiar e próprio do Estado são as manifestações sistemáticas da vida solidária dos homens. Conservar, ordenar e ajudar são as três grandes categorias a que se pode reduzir a vida do Estado*”⁵

Em busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, valeram-se juristas da teoria do risco, adaptando-a para a atividade pública. Restou, daí, a *teoria do risco administrativo*, imaginada originalmente por León Duguit, segundo o qual o Estado deve suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes. Trata-se de uma forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública.⁶

A Constituição de Weimar (1919) estabelecia, em seu art. 131, que o Estado ou a entidade personalizada a ele vinculada seriam fundamentalmente responsabilizados pelos atos de seus funcionários que, no exercício de poder público, causassem prejuízos a terceiros, com práticas infringentes do dever funcional.

A doutrina construída na Alemanha, no sentido de alargar o campo da responsabilidade do Estado por atos de seus agentes, teve inspiração no princípio da equidade na distribuição dos encargos do Estado. Já na França, ela se estabeleceu a partir da idéia de que, restringindo-se a responsabilidade estatal, o Estado faria jus a um enriquecimento ilícito.

Entretanto, o reconhecimento da responsabilidade do Estado, independentemente de qualquer texto legislativo e segundo princípios de Direito Público, teve como marco fundamental o famoso aresto *Blanco*, do Tribunal de Conflitos, proferido em 1º de fevereiro de 1873 na França. A responsabilidade civil do Estado tornou-se um princípio aplicável mesmo na ausência de lei.

Tocante ao desenvolvimento histórico da responsabilidade do Poder Público no Brasil, importante mencionar que no Brasil Colônia dominou a idéia da plena irresponsabilidade do Estado. Apenas com a independência, passou-se a admitir o Estado como ente responsável pelos atos ou omissões ilícitas de seus agentes.

No que tange à responsabilidade do juiz, foi esta pela primeira vez regulada nas Ordenações Filipinas (1603/1867), que adotaram o princípio da

5 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 106.

6. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 161-162.

responsabilidade pessoal do magistrado, estabelecendo em seu Livro I, Título LXXXVIII, parágrafo 16 que “...e o Juiz que isto não cumprir, pagará ao órfão toda a perda e dano que por isso se lhe causar”

Com o intuito de garantir essa responsabilidade pessoal, o Juiz era obrigado a dar residência, com o dever de permanecer por certo tempo no local onde exercera a função, para responder as reclamações dos eventuais lesados.⁷

Mais tarde, a responsabilidade do servidor público ingressou em nosso ordenamento constitucional como uma garantia básica do cidadão, sendo primeiramente regulada pela Constituição Imperial de 1824, que estabeleceu, em seu art. 179, inciso XXIX, a responsabilidade pessoal do agente público.⁸

O imperador, contudo, não se sujeitava a qualquer responsabilidade, nos termos do art. 99 da Carta do Império, uma vez que representante do Poder Moderador. Os juizes de Direito, por outro lado, tornaram-se responsáveis pelos abusos de poder e prevaricações cometidas no exercício de suas funções, segundo o disposto no art. 156 da Constituição Imperial.⁹

A primeira lei a disciplinar a responsabilidade do juiz foi o Código de Processo Criminal, de 1832, abarcando as hipóteses de prevaricação e peita, com reflexos tanto na esfera civil quanto na criminal.

A matéria, ademais, recebeu disciplina dada pelo importante Decreto n. 737/1850, que dispôs sobre a ordem do juízo no processo e previu a responsabilidade pessoal do juiz.

Posteriormente, após a proclamação da República, foram editados dois diplomas relevantes para o tema em questão, quais sejam, o Decreto n. 451-B, de 31/05/1890, dispondo sobre o Registro Torrens, e o Decreto n. 847, de 11/10/1890, publicando o novo Código Penal. Este novo código trouxe importante inovação, uma vez que estabeleceu, em seu art. 86, o dever de indenizar o réu condenado por sentença criminal e posteriormente reabilitado. Afora isso, enumerou uma série de

7. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional no Brasil. *Revista AJURIS* 59 (1993), p. 14.

8 “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”.

9. “Todos os juizes de direito e os oficiais de justiça são responsáveis pelos abusos de poder e prevaricações que cometerem no exercício de seus empregos; esta responsabilidade se fará efetiva por lei regulamentar”.

crimes relativos ao abuso de autoridade, devendo, neste casos, o juiz responder pessoalmente por prevaricação, demora ou denegação de Justiça.

A Constituição Republicana, de 1891, por sua vez, consagrou, em seu art. 82, responsabilidade idêntica a da Constituição do Império.¹⁰

Verifica-se, assim, que ambos diplomas constitucionais cuidaram da responsabilidade dos empregados (1824) e funcionários (1891) públicos em decorrência de abusos ou omissões praticadas no exercício de suas funções ou cargos.

Importante também mencionar que, até este momento, a responsabilidade do Estado por danos causados por seus agentes não havia sido fixada, existindo apenas a responsabilidade pessoal do autor do dano. Apenas em janeiro de 1917, entrou em vigor o Código Civil, fixando finalmente a responsabilidade do Poder Público.¹¹

Tal responsabilidade, no entanto, era subjetiva, isto é, fundada na culpa. O art. 15, de acordo com a interpretação doutrinária dominante, subordinava o dever do Estado de ressarcir os danos causados por seus agentes à comprovação de terem procedido de forma contrária ao direito.

Apesar disto, o Código Civil de 1916 foi o primeiro dos nossos documentos legislativos a instituir, de maneira ampla, a responsabilidade extracontratual do Estado. Este diploma legal também regulou, em seus artigos 294, 420 e 421, a responsabilidade pessoal do magistrado.

Com o Regime de 1930, o governo expediu o Decreto n. 24.216/1934, com o claro intuito de beneficiar o erário, dispondo que “a União Federal, o Estado ou o Município não respondem civilmente pelos atos criminosos de seus representantes, funcionários ou prepostos, ainda quando praticados no exercício do cargo, função ou desempenho dos seus serviços, salvo se neles forem mantidos após a sua verificação” Este Decreto buscava restringir o âmbito de aplicação do art. 15 do Código Civil, mas curta foi a sua vigência.

10. “Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício dos seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente aos seus subalternos”.

11. “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”

Logo em seguida, a Constituição, de 1934, consagrou, em sede constitucional, a responsabilidade extracontratual do Estado.¹²

Criou-se, desta forma, o regime da responsabilidade solidária entre o agente público e o Estado. A ação de indenização deveria ser proposta contra ambos e, executado o Estado, este promoveria, em ação regressiva, a execução contra o funcionário, segundo os princípios que regem a responsabilidade solidária.

A Carta Constitucional, de 1937, reproduziu o referido dispositivo, em seu art. 158, excluindo, contudo, os dois parágrafos supracitados.

O Código de Processo Penal, de 1942, ao tratar do erro judiciário, trouxe importante inovação ao atribuir a responsabilidade diretamente ao Estado, condicionando, no entanto, a indenização à procedência da revisão criminal e excluindo, injustificadamente, a hipótese de ação privada.

A grande novidade, contudo, veio com a Constituição de 1946, que instituiu, em nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva, eliminando o conceito de culpa e tornando esta apenas uma referência para legitimar a ação regressiva contra os agentes públicos.¹³

Desaparece, portanto, a solidariedade que até então existia, consolidando-se a responsabilidade objetiva, independente da culpa.

A Constituição, de 1967, bem como a Emenda de 1969, não introduziram alterações substanciais, reproduzindo o dispositivo constante do art. 194 da Constituição de 1946. Mantiveram, deste modo, a responsabilidade objetiva e a ação regressiva contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa.

Vale ressaltar que a Constituição, de 1967, para não deixar dúvidas, dispôs ainda que se aplica “aos funcionários dos Poderes Legislativo e Judiciário o disposto nesta Seção” (art. 106). Estabeleceu, assim, pela primeira vez, a responsabilidade civil do Estado por atos causados pelo Poder Judiciário.

12. 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”

Parágrafo primeiro: Na ação proposta contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

Parágrafo segundo: Executada a ação contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.

13. Art. 194: “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários do dano, quando tiver havido culpa destes”.

Em 1973 entrou em vigor o atual Código de Processo Civil, trazendo dispositivos expressos sobre a responsabilidade pessoal do juiz.¹⁴ A Lei Complementar n. 75, de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), por sua vez, reproduziu o supracitado dispositivo em seu art. 49, ampliando sua incidência às jurisdições criminal, eleitoral, trabalhista e militar.

Por fim, a Constituição vigente trouxe como inovação a supressão do adjetivo civil que qualificava a responsabilidade, bem como a inserção das pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos, a par das pessoas jurídicas de Direito Público, como entidades suscetíveis de serem responsabilizadas pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.¹⁵ A atual Constituição, portanto, consagrou, em seu art. 37, § 6º a responsabilidade objetiva do Estado, adaptada aos moldes do Direito Público, e estendendo seu âmbito de aplicação para outras pessoas jurídicas.¹⁶

De acordo com este dispositivo, a responsabilidade extracontratual do Estado resulta de qualquer ação ou omissão de agente do Estado ou de pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos que gere danos a terceiros, desde que proceda o agente nessa qualidade, isto é, como órgão da entidade a que serve.¹⁷ Assim, uma vez estabelecido o nexo causal entre a ação ou omissão estatal e o dano causado, há, em princípio, responsabilidade.

A Constituição vigente, portanto, estabeleceu um tratamento unitário à responsabilidade extracontratual do Estado, eliminando a distinção tradicional entre responsabilidade por atos ilícitos e lícitos, acolhida pelo Código Civil, de 1916. Buscou, com isso, dar maior amparo à vítima que, verificado o dano, deverá comprovar apenas o nexo de causalidade.

14. 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”

15. DO COUTO E SIVA, Almiro. A Responsabilidade Extracontratual do Estado no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, 202 (1995), p. 22.

16. “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiro, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

17. *Idem*, p. 23.

Contudo, é importante lembrar que, apesar do imenso esforço para se consagrar a tese da responsabilidade objetiva no Brasil, a jurisprudência, assaz conservadora, ainda se fixa no sentido da inadmissibilidade da responsabilidade civil do Estado pelos atos judiciais, salvo disposição legal expressa.

Todavia, vale mencionar que a própria Comissão Revisora de nossa Constituição de 1988, em seus trabalhos realizados em 1992, propôs expressamente que se introduzisse, no art. 95, parágrafo afirmando a responsabilidade civil do Estado por atos cometidos pelos juízes.¹⁸

Por fim, mais recentemente entrou em vigor o Novo Código Civil, estipulando, em seu art. 43, a responsabilidade objetiva do Estado, nos moldes do texto constitucional atual.¹⁹

De fato, o Novo Código Civil traz no seu bojo inúmeras inovações que instituem diversos papéis ao juiz, ressaltando cada vez mais a importância da função jurisdicional. Os poderes dos magistrados foram ampliados, demonstrando a enorme responsabilidade que terão na vigência deste novo diploma.²⁰

A partir desta análise histórica, é possível perceber a tendência de se consagrar a responsabilidade objetiva do Estado por atos de seus agentes, buscando dar maior amparo às vítimas dos danos. Quanto aos atos jurisdicionais, parte da doutrina também passou a admitir a responsabilidade objetiva, embora a jurisprudência ainda exija legislação expressa para a sua admissão. De qualquer modo, a análise histórica do instituto é fundamental para que possamos compreender os argumentos da doutrina e jurisprudência no que tange à responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais.

18. Enuncia o dispositivo da Proposta de Emenda Constitucional n. 96/92:

“Art. 95.....”

§ 4º A União e os Estados respondem pelos danos que os respectivos juízes causarem no exercício de suas funções jurisdicionais

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

20. NANNI, Giovanni Ettore. *A Responsabilidade Civil do Juiz*. s.l. Max Limonad. 1999. p. 77.

2. Função Jurisdicional do Estado.

O presente estudo dedica-se apenas à análise da responsabilidade do Estado decorrente de atos jurisdicionais, ou seja, de atividade típica do Poder Judiciário. Os demais atos administrativos, tais como, jurisdição voluntária, nomeação e destituição de tutores, concessão de férias e licenças, não serão objeto desta monografia.²¹

Portanto, cumpre distinguir função judicial de função jurisdicional, sendo esta espécie da qual aquela é gênero. Judiciais são todos os desempenhos do Poder Judiciário, abrangendo as atividades jurisdicionais e as atividades administrativas dos magistrados. A função jurisdicional é típica do Poder Judiciário, consistindo na aplicação do direito objetivo a casos particulares, em virtude de determinada pretensão. Como é vedada a autodefesa, surgiu a idéia de jurisdição, cabendo ao Estado mediar os conflitos interindividuais através da aplicação do direito ao caso concreto.

Segundo Cretella Júnior, atos jurisdicionais são aqueles atos formais ou orgânicos, manifestações típicas e inconfundíveis do Poder Judiciário que acabam se concretizando na sentença judiciária, momento culminante da atividade jurisdicional do Estado.²²

A atividade ou função jurisdicional manifesta-se essencialmente pelo julgamento ou ato jurisdicional. Este último constitui o clímax do funcionamento dos serviços judiciários, podendo causar danos aos particulares.

Vale ressaltar, no entanto, que a atividade jurisdicional não se limita à prolação da sentença, uma vez que também são jurisdicionais os demais atos praticados pelo juiz no decorrer do processo de conhecimento, tais como as decisões interlocutórias e os despachos, a teor do art. 162 do CPC. A sentença é, apenas, o momento culminante da atividade jurisdicional.

21. A jurisdição voluntária constitui função administrativa do Poder Judiciário, pois não é pela mera circunstância de ser exercida pelos juizes que haveria de caracterizar-se como jurisdicional. A jurisdição voluntária pode ser definida como "a administração pública de interesses privados"

22. Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 99 (1970), p. 13.

Neste sentido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior ensina que “a função jurisdicional a que nos referimos, que acarreta a responsabilidade do Estado nos termos restritos aqui expostos, não se resume ao ato jurisdicional típico, ou ato jurisdicional *stricto sensu*, que a maioria da doutrina localiza na sentença de mérito, apta a ter eficácia de coisa julgada, mas compreende a atividade exercida pelo Juiz no processo, tanto antes como depois da sentença, tanto no processo de conhecimento como no cautelar”²³

Contudo, é fundamental lembrar que nem toda a atividade jurisdicional está confiada ao Poder Judiciário. Aliás, a clássica tripartição de poderes não obedece, no Direito Positivo, à rigidez com a qual fora idealizada. O que há, na realidade, é uma predominância de funções de cada poder.

Como sabemos, o Executivo frequentemente legisla (arts. 68 e 84, inciso XXVI da Constituição), o Legislativo não raro é chamado a julgar (arts. 51, inciso I, art. 52, incisos I e II e art. 55, § 2º, todos da Constituição) e o Judiciário tem outras funções, além da jurisdicional.²⁴

O Judiciário não exerce, exclusivamente, a função jurisdicional, mas também funções legislativas e administrativas. Tocante às primeiras, podemos citar a elaboração de regimentos internos, bem como a iniciativa de leis de organização judiciária. A aceitação da responsabilidade do Estado por atos legislativos, entretanto, ainda sofre bastante resistência.

Os atos administrativos, conforme vimos anteriormente, constituem a função não-contenciosa do Poder Judiciário. Isso porque ao serviço judiciário estão ligadas determinadas atividades que não têm o caráter jurisdicional, mas cujas conseqüências também podem ser danosas aos particulares.

23. A Responsabilidade Civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Revista AJURIS*, 59 (1993), p. 35.

24. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 157-158.

Quando se trata de responsabilidade por atos administrativos praticados pelo Judiciário, o tema da responsabilidade envolve menores dificuldades, uma vez que a doutrina e a jurisprudência já se fixaram no reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado, mediante aplicação do art. 37, § 6º da Constituição Federal. E a doutrina e jurisprudência não são diferentes pelo fato do ato administrativo ser praticado pelo Poder Judiciário.²⁵

O Estado responde pelos atos administrativos materiais do Poder Judiciário, segundo o regime comum da responsabilidade por atos da Administração Pública. (...) Os atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário equiparam-se aos demais atos da Administração (TRF, 1ª Região, 4ª Turma, AC 01000516707, DJ 18/06/1999, p. 305)

A atividade jurisdicional de que trata este trabalho, é, deste modo, apenas a função típica do Poder Judiciário, seja porque é confiada predominantemente a este poder, seja porque este poder exerce principalmente esta função.

3. A Insuficiência dos Argumentos da Teoria da Irresponsabilidade do Estado.

Conforme já citado anteriormente, muito embora a Doutrina brasileira dominante defenda a tese da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, ela ainda está no plano puramente teórico, porque embora consagrada no texto constitucional, não foi acolhida no âmbito do Poder Judiciário.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, o Estado somente responde por danos decorrentes da prestação jurisdicional em hipóteses expressamente indicadas na lei, independentemente de tais danos decorrerem de comportamentos ilícitos ou lícitos, comissivos ou omissivos do Estado-juiz.²⁶

Prevalece, para a jurisprudência majoritária, a responsabilidade pessoal do magistrado, ancorada nas regras de direito civil. isto é, a responsabilidade subjetiva e direta do juiz, exigente de demonstração de culpa.

A responsabilidade objetiva é admitida apenas nas seguintes hipóteses:

- a) erro judiciário em condenação penal (art. 5º, LXXV. CF);

25. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, 198 (1994), p. 85.

26. RE 111609/AM de 11/12/92; RE 219117/PR de 03/08/99.

b) quando o condenado ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º LXXV, CF)²⁷

A responsabilidade subjetiva dos magistrados nos dois casos acima mencionados só existirá em sede de ação regressiva. Portanto, a Jurisprudência brasileira admite a responsabilidade objetiva e direta do Estado apenas na esfera criminal e para as decisões definitivas e condenatórias.

De fato, aqueles que sustentam a irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais o fazem baseados nos seguintes argumentos: a soberania do Poder Judiciário, a independência dos juizes, a força incontrastável da coisa julgada, o risco assumido pelos jurisdicionados, a ausência de texto expresso, e o de que o magistrado não é funcionário público.

Tais argumentos, no entanto, não encontram respaldo no ordenamento jurídico atual. conforme veremos a seguir, uma vez que constituem mero escudo a fim de evitar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais.

3.1. A soberania do Poder Judiciário.

O primeiro argumento se resume na idéia de que o Estado é irresponsável pelos danos causados por atos do Judiciário, porque este exerce uma função que envolve a soberania. A fragilidade do argumento é manifesta, uma vez que a soberania do Poder Judiciário não-desobriga o Estado de indenizar os prejuízos oriundos dos seus atos. Não há, portanto, qualquer antinomia entre responsabilidade e soberania. Ademais, os três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – não são soberanos, porque devem obediência à lei, em especial a Constituição. Se aceitável o argumento da soberania, o Estado também não poderia responder por atos praticados pelo Poder Executivo, em relação aos quais não mais se contesta a responsabilidade. No Estado de Direito, o conceito de soberania se atribui à Nação, jamais a qualquer dos poderes atribuídos. O poder, portanto, é uno, de modo que o Estado como unidade detém a soberania, mas os seus poderes, não.

27. Ressalte-se que, neste último caso, a responsabilidade pode ser tanto do juiz quanto do funcionário carcerário que deixa de livrar o condenado da prisão.

3.2. A independência dos juízes.

Este segundo argumento baseia-se nas garantias que o ordenamento jurídico estabelece para os magistrados, quais sejam, a inamovibilidade, a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos. Tais garantias permitem que o magistrado seja, em sua atuação, inteiramente livre para formar sua convicção, não se submetendo aos demais poderes (independência externa) ou aos órgãos superiores do próprio Poder Judiciário (independência interna).

A importância da magistratura independente teve como ponto de partida os teóricos liberais-racionalistas do século dezoito, segundo os quais o juiz está fora e acima das disputas político-partidárias pelo poder a fim de assegurar a prevalência do direito e da justiça.

Alega-se que o estabelecimento da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais faria com que os magistrados se sentissem tolhidos, a cada passo, na sua função de dizer o direito ou resolver as graves questões administrativas que lhe são alçadas, pelo temor de engendrar responsabilidade, para si e para o Estado que representam.²⁸

Diz Lens que “os juízes pagam tributo inexorável à falibilidade humana. Erram porque são homens. Se obrigados a ressarcir, de seu bolso, os danos causados, ficariam tolhidos, pelo receio do prejuízo próprio, na sua liberdade de apreciação dos fatos e de aplicação do Direito”²⁹

Contudo, aduz Augusto do Amaral Dergint que *“fulhas danosas na prestação da tutela jurisdicional exigem, por certo, a consideração da responsabilidade (pessoal) do magistrado faltoso e, sobretudo, a do Estado, em razão do ineficiente funcionamento de seu serviço*

28. Acórdão do STF de 09/12/1958, in *Revista Forense* 194/159. Na Justiça Estadual, a tese da irresponsabilidade encontrou igual aceitação: TJSP: RDA 50/239, 53/183; RT 259/127; TJRS: AJURIS, 19/114; RTJJRGS, 113/367.

29. Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 210 (1997), p. 147-158.

judiciário. Dizer que o jurisdicionado deve assumir os prejuízos decorrentes das possíveis falhas dos juizes conduz à inconcebível idéia de que o homem jamais seria responsável por seus atos (comissivos e omissivos) - porque naturalmente falível. Ademais, a irresponsabilidade judicial, de uma forma ou de outra, favoreceria uma certa displicência dos magistrados no adimplemento de seus deveres funcionais”³⁰

Destarte, a independência dos magistrados não pode explicar a imunidade, isto é, a independência não pode ser usada como pretexto para isentar o Poder Judiciário da responsabilidade por suas deficiências. Ademais, a prevalecer esse entendimento, a prerrogativa não seria apenas do Judiciário, mas também do Executivo, em relação ao qual ninguém sustenta, hoje, o privilégio.

O argumento também é contestável no sentido de que a responsabilidade, neste caso, seria do Poder Público e não do juiz, que teria resguardada a sua independência. O texto constitucional impõe a responsabilidade do Estado, não do magistrado.

Não se contesta, pois, a importância da preservação da independência dos membros do Poder Judiciário, corolário fundamental do princípio da separação dos poderes. Porém, o momento é de transformação social, caracterizado por um processo de conscientização dos jurisdicionados e por um exercício maior da cidadania, de forma que aqueles não mais se conformam com os excessos cometidos pelo poder estatal. Já prevalece o entendimento de que aqueles que exercem uma parcela do poder, inclusive o juiz, têm responsabilidade pública e, como tal, devem prestar contas de seus atos.³¹

As garantias constitucionais outorgadas ao juiz têm, assim, o escopo de proporcionar-lhe condições para um desempenho adequado de seu poder-dever de julgar. Mas essas garantias não podem servir de pretexto para elidir a responsabilidade do Estado de proferir julgamentos justos e conforme ao direito.

30. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 147.

31. NUNES, Rômulo José Ferreira. *Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais*. São Paulo: LTR, 1999. p. 67.

3.3. A incontestabilidade da coisa julgada.

O argumento da coisa julgada é, sem dúvida, o mais forte da teoria da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. Isso porque a Constituição Federal incluiu, no rol dos direitos fundamentais, o respeito à coisa julgada, buscando evitar, assim, desvantajosa situação de insegurança jurídica.

Dois aspectos relevantes da coisa julgada são adotados pelos autores que defendem a tese da irresponsabilidade, quais sejam, o da presunção da verdade da sentença transitada em julgado e o da segurança jurídica.

Tocante ao primeiro aspecto, alega-se que a coisa julgada contém em seu bojo uma presunção de verdade que não admite contestação. Trata-se do princípio clássico pregado por Ulpiano segundo o qual “*res judicata pro veritate habetur*” isto é, a coisa julgada é tida como verdadeira, uma vez que dotada de presunção de verdade. Isso porque nosso sistema processual prevê as vias recursais adequadas para atacar a injustiça das decisões judiciais. O ato judicial decisório, quando não mais sujeito a recurso, torna-se definitivo, adquirindo a autoridade de coisa julgada. Deste modo, a decisão transitada em julgado, ainda que contendo erro de fato ou de direito, cria sua própria ‘verdade’ e seu próprio direito, razão pela qual, pressuposta legítima, não pode ensejar a responsabilidade, que pressupõe dano gerado por ato contrário ao direito.³²

Entretanto, elevar a *res judicata* à categoria de muralha sacrossanta, absolutamente impenetrável, é admitir a infalibilidade do julgamento humano, ou a intransigência obstinada e incompreensível, mesmo diante de erro manifesto.³³ Ademais, a indenização não afasta necessariamente a coisa julgada, conforme veremos adiante.

Ademais, o pagamento de indenização decorrente de dano ocasionado por ato jurisdicional não implica mudança na decisão judicial. A decisão continua válida para ambas as partes, que permanecem vinculadas aos efeitos da coisa julgada. É o Estado que deverá responder pelos prejuízos decorrentes da decisão imutável. Ora, o que a ação de indenização busca, portanto, não é a *modificação* da decisão,

32. DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 135.

33. CRETELLA JÚNIOR, J. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 249.

mas a *compensação* do seu erro. A sentença transitada em julgado não será modificada por outra sentença que venha a declarar que aquela é errônea, pois o que se deseja é apenas o reconhecimento pelo Estado de que a sentença foi proferida de forma equivocada.

Sendo assim, a ação indenizatória não irá analisar os pontos discutidos na ação inicial, mas apenas se o ato é errôneo e causador de danos. A decisão, mesmo contendo erro, ao transitar em julgado, torna-se imutável, não podendo mais ser rescindida, nem anulada, fazendo lei entre as partes e devendo ser cumprida. A vítima, no entanto, poderá se insurgir contra o Estado que proferiu uma decisão defeituosa e buscar o ressarcimento pelo dano sofrido. A indenização paga pelo Estado não-implica desconstituição da decisão atacada, mas apenas o reconhecimento do mau cumprimento do serviço jurisdicional prestado, tendo a parte vencida pelo menos o direito de ter reconhecido que aquela decisão foi proferida com erro, causando-lhe prejuízos passíveis de ressarcimento.³⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa com bastante acerto que *“o princípio da verdade legal da sentença tem mais sentido no sistema anglo-saxão, em que o precedente judicial tem força vinculante para os magistrados, constituindo uma das principais fontes do Direito. No direito brasileiro, filiado ao sistema de base romanística, a presunção de verdade atribuída às decisões judiciais aparece enfraquecida, pois se trata de um sistema em que o precedente judiciário não tem qualquer força vinculante”*³⁵

Mauro Cappelletti, ao tratar da coisa julgada, concluiu que *“até hoje permanece um certo grau do que poderíamos chamar de absolutismo teórico no modo como o princípio da autoridade da coisa julgada é concebido em alguns países (...) A ‘lógica’ que está à base*

34. SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Responsabilidade do Estado, Erro judicial praticado em ação cível*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 171.

35. Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, 198 (1994). p. 87-88.

do argumento, segundo o qual, por isso que a res judicata cria o direito, ela não pode ser contra jus, não é absolutamente mais rigorosa do que a 'lógica' que estava à base do princípio, segundo o qual, uma vez que o rei – ou o Estado – é a exclusiva fonte do direito, o ato do soberano ou do Estado não pode ser contrário ao direito”³⁶

Para ele, o valor absoluto atribuído à coisa julgada é tão ultrapassado quanto o absolutismo dos monarcas. Não se pode, portanto, transformar a coisa julgada em uma nova entidade soberana.

Sobre esse aspecto, é igualmente válido mencionar o ensinamento de Arruda Alvim, segundo o qual *“trata-se, isto sim, de uma certa desmistificação da coisa julgada. Ao que parece, o instituto da coisa julgada, tal qual vinha sendo concebido pela doutrina tradicional, já não corresponde mais às expectativas da sociedade, pois a segurança que, indubitavelmente, é o valor que está por detrás da construção do conceito da coisa julgada, já não mais se consubstancia em valor que deva ser preservado a todo custo, à luz da mentalidade que vem prevalecendo”³⁷*

Ademais, relevante mencionar que, no Direito brasileiro, a força da coisa julgada apresenta restrições na medida em que são admitidas a ação rescisória e a revisão criminal. Questão bastante controvertida, no entanto, é saber se a desconstituição da coisa julgada é requisito indispensável ao ajuizamento da ação

36. *Juizes Irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. p. 29.

37. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada, hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 13.

indenizatória. Em outros termos: constitui a coisa julgada óbice para a interposição da indenização em virtude de prejuízos sofridos por ato jurisdicional?

O art. 5º, LXXV da Constituição não vincula o direito à indenização à desconstituição da decisão. São relações jurídicas diferentes, pois as partes são outras (sucumbente em face do Estado e não da outra parte) e o pedido distinto (não o do bem jurídico da ação originária, mas o ressarcimento). Deste modo, o direito poderá ser exercido independentemente do pedido de revisão ou de ação rescisória.

A coisa julgada não pode ser considerada um obstáculo ao surgimento de um direito de indenização contra o Estado, uma vez que a ação indenizatória não contém os mesmos elementos da ação onde foi proferida a sentença causadora do dano injusto, sendo diferentes as partes, o pedido e a causa de pedir.³⁸

Alfredo Buzaid ensina que “estabelecer a necessidade de vencer ação rescisória, cassando o julgado, para só depois intentar a ação civil de responsabilidade significa criar um novo fundamento de ação rescisória que não figura no elenco da lei processual. Os casos de admissibilidade de ação rescisória estão expressos no Código, não podendo ser ampliados”³⁹

Isso porque a idéia rígida e formal da coisa julgada não pode prevalecer sobre a idéia de justiça, quando comprovado um julgamento errado ou ilegal. Ora, a coisa julgada não é um valor absoluto e, no contraste entre ela e a idéia de justiça, esta é que deverá prevalecer. Ademais, não se pode subordinar a ação de indenização à desconstituição da coisa julgada, se o próprio legislador optou por não fazê-lo.

Ora, se a própria Constituição Federal estabeleceu em seu art. 5º XXXV, que nem mesmo lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito individual, não há como se inferir que a coisa julgada tenha força de impedir o pleito de ressarcimento decorrente de atos judiciais danosos. Primeiro porque não há previsão constitucional ou legal neste sentido e,

38. AGUIAR JR, Ruy Rosado. A Responsabilidade Civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Revista AJURIS* 59 (1993), p. 29.

39. Da Responsabilidade do Juiz. *Revista de Processo*, 9 (1978), p. 30.

segundo porque, se a todos é reconhecido o direito de socorrerem-se ao Judiciário, a exigência estaria maculando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, uma vez que a ação rescisória tem objeto distinto da ação de indenização.

Da mesma forma, a exigência não se coaduna com o princípio da economia processual, segundo o qual deve-se perseguir “o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”⁴⁰

Com relação ao segundo aspecto da coisa julgada, alega-se que a atribuição de responsabilidade ao Estado geraria uma situação de insegurança jurídica, contrária ao interesse público, uma vez que a idéia de imutabilidade da sentença atende a um princípio de ordem pública, que impede que os litígios se estendam *ad infinitum*.

Contudo, a respeito da insegurança jurídica ensina Tercio Sampaio Ferraz Júnior que “*essa doutrina, portanto, cumpre a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social. Seu fundamento é ideológico e se reporta à concepção liberal do direito e do Estado*”⁴¹

Mauro Cappelletti, por sua vez, aduz que “*os princípios jurídicos nunca exibem caráter absoluto (...) A razoabilidade está no justo equilíbrio entre valores. E tal equilíbrio pode ser encontrado não com o rigor de uma lógica artificial, mas com o pragmático e flexível reconhecimento de que ambos os valores têm a sua validade, e que por vezes uma solução de compromisso deve ser adotada*”.⁴²

40. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 72.

41. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 252.

42. *Juizes Irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. p. 29-30.

Ademais, se precedente referido argumento, este seria suscetível de ser aplicado apenas aos atos jurisdicionais propriamente ditos. isto é, os únicos que ensejam a autoridade da coisa julgada. O fundamento não impediria, portanto, o desenvolvimento da responsabilidade no domínio dos atos preparatórios das decisões jurisdicionais, dos atos de execução dos julgamentos e dos atos dos agentes não-jurisdicionais.

A fragilidade do argumento da coisa julgada, portanto, pode ser revelada na constatação de que a responsabilidade do Estado não surge apenas nas decisões transitadas em julgado e cobertas conseqüentemente pelo manto da coisa julgada, pois qualquer decisão judicial, mesmo que não definitiva, causando danos à parte, dá ensejo à responsabilidade, não se podendo falar nessas hipóteses em coisa julgada. O mesmo pode ser dito em relação aos atos omissivos do Poder Judiciário ou decorrentes da morosidade da prestação jurisdicional.⁴³

A coisa julgada está submetida a limites objetivos e subjetivos. Não é a sentença em sua integralidade que faz coisa julgada, mas somente a parte dispositiva. O art. 469 do CPC dispõe que não fazem coisa julgada: os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Também não fazem coisa julgada as sentenças terminativas, que põem termo ao processo sem julgamento de mérito; as sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária; as sentenças proferidas em processos cautelares; as decisões interlocutórias e os despachos de mero expediente. O art. 472 do CPC, por sua vez, traz os limites subjetivos da coisa julgada, revelando, portanto, o seu valor relativo.⁴⁴

Por fim, vale lembrar que, com a sentença definitiva e irrecorrível, esgota-se, do ponto de vista formal, a função da justiça. Mas a justiça substancial não se concilia com uma situação de erro, de iniquidade ou de injustiça: só se satisfaz com a reparação do mal causado injustamente, só se completa reconhecendo a verdade e ressarcindo os danos sofridos por quem indevidamente os suportou.⁴⁵

43. NANNI, Giovanni Ettore. *A Responsabilidade Civil do Juiz*. s.l.: Max Limonad, 1999. p. 109-110.

44. *Idem*. p. 129.

45. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 635.

Segundo Alf Ross, “qualificar uma decisão de injusta quer dizer que não foi realizada de acordo com o direito e que atende a um erro (injusta em sentido objetivo), ou a um desvio consciente da lei (injusta em sentido subjetivo)”⁴⁶

Todavia, apesar da incontrastabilidade da coisa julgada não poder ser invocada para elidir a responsabilidade estatal, são necessários certos limites. Assim, não há que se falar em responsabilidade quando a parte dolosamente deixou de utilizar os instrumentos disponíveis de impugnação contra uma decisão injusta ou quando o dano decorreu exclusivamente de interpretação do juiz. Assim, parece razoável cingir a responsabilidade a apenas decisões manifestamente contrárias ao direito.⁴⁷

3.4. Teoria do risco assumido pelo jurisdicionado.

O quarto argumento, por sua vez, preconiza que, estando o aparelho judiciário à disposição da sociedade, devem os cidadãos suportar os riscos decorrentes de seu funcionamento. Deste modo, como a função jurisdicional somente se exerce mediante provocação do interessado, aqueles que provocarem a atuação do Poder Judiciário deverão suportar os riscos dos danos decorrentes dessa atuação.

Tal sustentação, todavia, é incabível. Primeiro, porque não se aplica à jurisdição penal, já que o titular da ação penal pública é o Estado. Segundo, porque representa uma inversão da teoria do risco em matéria de responsabilidade estatal. Incumbe ao Estado, em razão de seu caráter instrumental, assumir, perante os cidadãos, os riscos gerados pelas atividades que desempenha, sob pena de serem violados todos os postulados de Direito Público.

Este argumento preconiza também que a Administração é um serviço utilizado por todos, enquanto a Jurisdição apenas por alguns, não sendo justo que o Estado suporte as conseqüências do funcionamento danoso de um serviço de destinação individualizada.

46. *Direito e Justiça*, trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 330.

47. DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 146.

Todavia, pondera Philippe Ardant que “*le choix sera bien arbitraire et il paraît beaucoup plus normal que l’Etat réponde de la justice qui est une de ses activités essentielles que d’un service public et commercial dont l’étatisation est souvent contestable. En outre si la justice n’est pas utilisée par tout le monde, elle profite à toute la Société*”⁴⁸

Os riscos são consequência inseparável do funcionamento do aparelho judiciário. Ao deixar sem indenização o cidadão que suportou os prejuízos decorrentes de tais riscos, esse cidadão, eleito pelo acaso, suportará sozinho, com exclusão de todos os outros indivíduos, as consequências danosas dessa fatal contingência do funcionamento de um serviço público. A igualdade dos encargos públicos seria, pois, rompida em seu prejuízo. Outorgada, entretanto, a indenização, esta é absorvida no custeio da empresa pública e será repartida proporcionalmente entre os cidadãos.⁴⁹

O serviço judiciário é imposto pelo Estado aos indivíduos, já que se coíbe a justiça pelas próprias mãos. Destarte, se as partes vão a juízo para resolver os litígios que não conseguem solucionar por si mesmas, é porque não têm outra alternativa. Além disso, se aceitável essa teoria, ela somente seria válida para o autor, que move a ação, e não para o réu, que se sujeita a ela.⁵⁰

Por fim, é válido ressaltar que a solução dos conflitos que surgem no bojo da sociedade não interessa apenas às partes envolvidas, mas à sociedade como um todo. A decisão judicial atenta, sobretudo, para o interesse da sociedade, principalmente em atenção aos princípios de segurança jurídica e ordem pública. A partir do momento em que o Estado assumiu a prestação do serviço judiciário,

48. *La Responsabilité de l’Etat du Fait de la Fonction Juridictionnelle*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, p. 178, *in verbis* “a escolha será bem arbitrária e parece muito mais normal que o Estado responda pela justiça que é um de seus serviços essenciais do que por um serviço público e comercial cuja estatização é freqüentemente contestável. Ademais, se a justiça não é utilizada por todos, ela beneficia toda a sociedade”

49. DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 635.

50. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, 198, p. 89, (1994).

impondo-o aos cidadãos, assumiu o dever de zelar pelo seu adequado funcionamento, bem como de responder por suas conseqüências danosas.⁵¹

3.5. Ausência de previsão expressa.

Os autores que defendem este argumento sustentam que a ausência de previsão legal expressa prevendo a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional denota a intenção do legislador de não a instituir.

Contudo, não procede o argumento de que o Estado somente responde por atos jurisdicionais nas hipóteses expressamente declaradas em lei, que, desta forma, representariam exceções a uma pretensa imunidade do Estado, igualmente sem correspondência legal. O princípio da responsabilidade estatal encontra-se amplamente consagrado no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, que não fez qualquer tipo de distinção quanto ao tipo de serviço, não havendo qualquer razão para se concluir que o serviço judiciário não foi abrangido pelo dispositivo.

Contudo, é importante ressaltar que, embora a responsabilidade do Estado tenha fundamento constitucional, o melhor seria que este controverso tema, em razão de suas peculiaridades, fosse objeto de disciplina legal específica.

3.6. O juiz não é funcionário público.

A doutrina mais tradicional sustenta que a expressão “agentes públicos” constante do art. 37, § 6º da Magna Carta, diz respeito apenas aos “agentes administrativos”, descabendo aplicá-la aos magistrados, uma vez que estes são “agentes políticos”

Compartilha deste entendimento Vera Lúcia R. S. Jucovsky, afirmando que “o texto da Constituição alude aos agentes administrativos, considerados tais os servidores públicos, e não, expressamente, aos agentes políticos, tais como Magistrados e Parlamentares”⁵²

51. DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 149.

52. *Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional, Brasil-Portugal*. São Paulo: J. de Oliveira, 1999. p. 67.

Ocorre que os agentes políticos são espécie da qual os agentes públicos são gênero. Agentes públicos são todos aqueles que servem ao Poder Público, na qualidade de sujeitos expressivos de sua ação, abrangendo os agentes políticos, os servidores públicos e os particulares em colaboração com a Administração Pública. Dois são os requisitos para a caracterização do agente público: um, de ordem objetiva, a natureza estatal da missão desempenhada; outro, de ordem subjetiva, a investidura nela.⁵³

O próprio STF, em recente decisão, inclinou-se neste sentido:

O texto constitucional não restringiu a responsabilidade do Estado aos atos praticados pelos funcionários públicos como na Carta anterior, mas consignou o termo agente – gênero do qual é espécie o agente político, abarcando, assim, os atos praticados por todos os agentes públicos. (RE 228.977-2/SP, de março/2002)

Ressalte-se, no entanto, que, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, agentes políticos não são os membros do Poder Judiciário, mas os “*titulares dos cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do Poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos o Presidente da República, os governadores, os prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (ministros e secretários de diversas pastas), os senadores, os deputados e os vereadores*”.⁵⁴

53. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta, Direitos e Deveres*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 12-13.

54. *idem*. p. 14-15.

Ora, é inegável que, no Direito brasileiro, o juiz ocupa cargo público criado por lei e se enquadra no conceito legal desta categoria funcional. Ainda que se entendesse ser ele agente político, não abrangido pela categoria dos agentes públicos, não ficaria imune à norma do art. 37 § 6º da CF. que emprega o vocábulo 'agente'.

Necessário ressaltar também que o serviço judiciário é serviço público, imposto aos cidadãos pelo Estado. O magistrado, como operador desse serviço estatal, é um agente público, agindo em nome do Estado. Os atos do juiz são, portanto, imputáveis ao Estado.

A atividade judiciária constitui um serviço público, isto é, a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social.⁵⁵

Ademais, o juiz contém todas as características de agente público, quais sejam, a titularidade de cargo criado por lei, a nomeação legal, a incorporação através da posse e a sujeição a regime jurídico de direito público. A natureza específica da atividade dos juizes não lhes tira o caráter de funcionário.⁵⁶

Por fim, importante ressaltar que os agentes estatais não são representantes do Estado, personagens alheios às competências que atualizam, mas veículos expressivos do Estado, sujeitos capazes de expressar a vontade do Estado mediante ações ou omissões no plano empírico. Ao exercer a atividade judiciária, é o próprio Estado-juiz quem atua como sujeito de direitos e deveres na ordem jurídica. O juiz nada mais é do que o Estado administrando a Justiça.

Não há uma bipartição entre Estado e agente, mas, pelo contrário, conjugam-se em uma mesma unidade. Denomina-se *teoria do órgão* segundo a qual este não é um *quid* distinto do ente estatal, mas algo que se identifica com ele. O órgão supõe a existência de uma só pessoa, a própria pessoa do Estado, razão pela qual o dano causado ao particular imputa-se diretamente à pessoa jurídica de cuja organização faz parte o agente causador do dano.⁵⁷

55. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 165.

56. RDA 114/298.

57. CAVALIERI FILHO. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 159.

Do exposto, é possível concluir que os argumentos tradicionalmente invocados para inibir o Estado de responsabilidade decorrente de atos jurisdicionais não resistem a uma crítica mais profunda. Resta incontroverso, à luz do art. 37, § 6º da Magna Carta, que essa responsabilidade pública abarcou os atos cometidos ou omitidos pelos membros do Poder Judiciário. O Estado é, portanto, objetivamente responsável pelos prejuízos causados a terceiros em virtude de atos jurisdicionais. Tais atos podem emanar de quaisquer pronunciamentos externados pelos juízes, inclusive eventuais omissões, como a denegação de Justiça. Resta-nos, agora, analisar os pressupostos e os limites desta responsabilidade.

4. Erro Judiciário.

A responsabilidade do Estado pela atividade desenvolvida por seus juízes pode decorrer da falta, falha ou demora na prestação jurisdicional. O erro judiciário, do qual trataremos neste trabalho, é verdadeira hipótese de falha do serviço judiciário.

O erro judiciário é o equívoco na decisão judicial. Pode ser ele *stricto sensu*, enquadrando-se nas figuras descritas no inciso I do art. 133 do CPC e do art. 630 do CPP, em sintonia com o estatuído no inciso LXXV da Constituição Federal, ou *lato sensu*, abarcando as hipóteses de mau funcionamento da máquina administrativa, de prisão preventiva, de liminar em mandado de segurança, entre outras.⁵⁸

Como risco inerente ao funcionamento da atividade judiciária, o erro pode decorrer de dolo ou culpa do juiz ou de seus auxiliares ou por falha no serviço, ainda que anônima. Ademais, é válido mencionar que não há diferenças práticas entre o erro de fato e o erro de direito, uma vez que tanto faz errar diretamente tendo em vista a premissa maior, a lei, quanto errar relativamente à premissa menor, ou seja, tocante ao fato, pois, como decorrência do erro de fato, elege-se-á a lei errada.

O erro judiciário nos traz à mente a idéia de erro penal, que abrange o erro na condenação e o erro na prisão preventiva. Ocorre que o erro judiciário não é

58. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade Civil do Estado-Juiz*. Curitiba: Juruá, 1995. p. 56.

exclusivo do processo penal, podendo ocorrer também no processo civil, trabalhista, eleitoral ou qualquer outra área de atuação jurisdicional.

Neste sentido, dispõe A. B. Cotrim Neto que “*com relação ao estabelecido nesse mencionado inciso LXXV da Carta da União, que impõe ao Estado indenizar a vítima de erro judiciário, entendemos que seu alcance vai além do que dispusera no art. 630 do CPP, visto como a referência ao ‘condenado por erro judiciário’ posta numa cláusula garante de ‘direitos e deveres individuais e coletivos’ – qual o art. 5º do Diploma de 1988 – tem aplicação em todos os campos em que o indivíduo possa ser condenado: no juízo criminal, como no civil, no trabalhista ou no militar e até no eleitoral, enfim, onde quer que o Estado, mesmo através do Ministério Público, tenha sido provocador da condenação*”.⁵⁹

A Jurisdição é una, ou seja, é expressão do poder estatal soberano, que não-comporta divisões. Falar em diversas jurisdições num mesmo Estado significaria afirmar a existência de uma pluralidade de soberanias, o que não faria sentido. A jurisdição é, em si mesma, tão una e indivisível quanto o próprio poder soberano.⁶⁰

Destarte, a divisão em penal e cível decorre apenas da conveniência de divisão do trabalho. Sendo una, a ela deve corresponder um único e homogêneo sistema de responsabilidade estatal.

59. Da Responsabilidade do Estado por Atos de Juiz em face da Constituição de 1988. *Revista AJURIS*, n. 55, p. 45, 1992.

60. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 140.

4.1. Erro judiciário penal.

A aplicação a uma pessoa, posteriormente reconhecida inocente, de injusto gravame, constitui o que normalmente se denomina erro judiciário, sendo o do tipo penal o mais conhecido das atividades judiciais danosas.⁶¹

Há famosos casos referentes ao erro judicial penal, tais como o Dreyfus (França), Jennings (Inglaterra), Mota Coqueiro (Brasil), quando se descobriu serem outros os culpados; no caso dos Irmãos Naves (Brasil), pura e simplesmente a vítima (um primo deles) apareceu depois de quinze anos, não tendo havido o crime indigitado. Em todos esses casos, ocorreram prejuízos irreparáveis, desde a privação da liberdade até da própria vida.

A partir da constatação de tais injustiças, a reparação do erro judiciário passou a constituir verdadeiro direito da vítima contra o Estado, agasalhado pela letra do art. 630 do CPP e reafirmado, em sede constitucional, pelo art. 5º, LXXV da Constituição Federal.

Tais providências, aliadas à indenização, visam, portanto, reparar o dano injustamente suportado pela vítima, restabelecendo a situação anterior à aplicação do gravame.

A responsabilidade do Estado por erro judiciário penal é objetiva. uma vez que o art. 5º, LXXV. da Magna Carta não exige demonstração de culpa, bastando para a indenização apenas a comprovação da ação, do dano e do nexo de causalidade entre ambos.

Tocante ao erro judiciário penal, Augusto do Amaral Dergint entende que *“pode-se considerar despiciendo tanto este art. 5º, inc. LXXV, da Carta de 1988, quanto o art. 630 do Código de Processo Penal, tendo em vista a regra constitucional do art. 37, § 6º, que expressa de forma abrangente a responsabilidade estatal,*

61. LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade Pública por Atividade Judiciária*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Professora Dra. Odete Medauar, São Paulo, 2001, p. 166-167.

*assegurando, inclusive, o direito de regresso do Estado contra o agente público autor do ato danoso”*⁶²

Por outro lado, aqueles que admitem a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais apenas diante de texto legal expresso, seguindo a orientação do Supremo Tribunal Federal, sustentam que, em se tratando de erro jurisdicional, o direito à indenização só cabe nas hipóteses expressamente mencionadas no inciso LXXV. Isso porque o art. 37, § 6º já contém regra sobre a responsabilidade civil do Estado, e se esta abrangesse atos de todos os Poderes, qualquer que fosse a sua natureza, não seria necessária a norma do artigo 5º inciso LXXV.

Neste sentido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior entendeu que *“o art. 5º LXXV, da Constituição, que é norma especial em relação à do art. 37, § 6º pois explicitou o que já nesta continha, serviu para realçar dois casos de responsabilidade estatal erigidos em direito fundamental do cidadão: por erro judiciário e por excesso de cumprimento de pena”*⁶³

Nesta mesma linha de interpretação, situa-se Sergio Cavalieri, alegando que *“a norma do art. 5º, inc. LXXXV da Constituição é específica para a responsabilidade do Estado por erro judicial. E como não se pode supor que esse dispositivo é meramente exemplificativo, muito menos supérfluo ou despiciendo -- se não há norma inócua na lei comum por mais forte razão também não há na Constituição -- é de concluir que o objetivo do legislador constituinte foi o de estabelecer temperamento ao princípio estabelecido no § 6º do art. 37 da Carta Política no tocante à atividade jurisdicional”*⁶⁴

62. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 177.

63. A Responsabilidade Civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Revista AJURIS*, n. 59, p. 33, 1993.

64. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 184-185.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no entanto, rebate de maneira bastante plausível tal posição, afirmando que *“esta é, evidentemente, uma interpretação simplista, pois nada justifica a interpretação segundo a qual o artigo 37, parágrafo 6º, somente alcança os atos da Administração. Esta norma apenas repete preceitos já contidos em Constituições anteriores, que nada estabeleciam com relação à responsabilidade do Estado por erro na condenação; esta última há de ser considerada como um “plus” em relação às Constituições anteriores e não como um “minus” que viria restringir o alcance da regra pertinente à responsabilidade civil do Estado”*⁶⁵

De fato, entendemos que não há como considerar o art. 5º. LXXV. da carta constitucional, supérfluo ou despiciendo, uma vez que configura verdadeiro direito subjetivo da vítima em face do Poder Público. O art. 37, § 6º da Constituição, por sua vez, refere-se aos princípios da Administração Pública, dentre os quais, o da responsabilidade objetiva do Estado. Neste sentido, o art. 5º, LXXV, não é norma especial em relação ao art. 37, § 6º, pois aquele se encontra no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, enquanto este é princípio da Administração Pública. São, portanto, duas normas distintas: de um lado, tem-se um direito configurado em uma regra; de outro, um princípio constitucional. O fato de o constituinte ter elevado a indenização por erro judiciário à categoria de direito fundamental não-significa que tenha restringido o alcance do art. 37, § 6º, aplicável a outras hipóteses em que o ato jurisdicional cause dano ao particular.

Fundamental notar também que o erro penal pode abranger outras hipóteses além do erro na condenação e na manutenção do condenado preso além do limite fixado na sentença. São as hipóteses, por exemplo, de erro no recebimento da denúncia, de decretação da prisão cautelar, no arresto e na busca e apreensão, na pronúncia do réu, na não-concessão de relaxamento do flagrante, na recusa de liberdade provisória, entre outras. Ora, o fato da Constituição Federal somente prever

65. Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 198, p. 91, 1994.

indenização em duas hipóteses específicas não impede o prejudicado de pleiteá-la por falta de fundamento constitucional, uma vez que a norma do art. 37. parágrafo 6º é bastante ampla.

Contudo, tal responsabilidade não pode ser ilimitada. O relatório final dos trabalhos da I Comissão de Estudos da União Internacional dos Magistrados, em sua reunião em Tunis, em outubro de 1980, revelou que “não se pode responsabilizar o magistrado pelas decisões que tome quando se trata de simples erro de apreciação ou de interpretação. Os únicos casos nos quais sua responsabilidade pode ser admitida são os que demonstrem uma negligência muito grave, uma falta muito grave de comportamento e uma falta inaceitável, que o magistrado normal e razoavelmente diligente não cometeria”⁶⁶

Do contrário, poderíamos imaginar a desagradável situação de ver nossos juízes perseguidos por uma sucessão de ações formuladas contra ele apenas porque interpretou uma norma de maneira inovadora. Totalmente descabida, portanto, essa hipótese.

Neste ponto, vale mencionar os ensinamentos de Mauro Cappelletti: “*Pretender que os juízes não cometam ‘erros’ na sua interpretação do direito, e condenar tais ‘erros’ como dano injusto causado à parte, equivaleria a absurdamente querer retornar aos ‘belos tempos’ quando muitos ainda podiam crer, ou pretender crer, no mito da interpretação jurídica como atividade puramente lógica, operação mecânica que não deixaria espaço à discricionariedade do juiz. Mas aqueles tempos estão definitivamente superados. O papel criativo dos juízes na evolução e modernização do direito constitui agora um dado geralmente aceito. Certamente, este papel implica certo grau de discricionariedade e, por isso, de*

66. Apud, CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 613.

*‘politização e ‘socialização’ da atividade e, assim, do poder jurisdicional”*⁶⁷

Ora, o juiz não é um timorato frente à lei, mero chancelador silogístico diante de casos concretos. Deve ele ter seu comportamento pautado pela exigência de perquirir a Justiça e, desta forma, aplicar a lei de forma mais justa possível.⁶⁸

A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, portanto, não pode desembocar em um desequilíbrio no sistema de limites e controles. devendo ser analisada em consonância com nossos princípios constitucionais. Não se pretende com isso excepcionar a responsabilidade objetiva do Estado, mas apenas adequá-la caso a caso, de modo a coibir abusos desenfreados, em detrimento do Poder Público e o conseqüente enriquecimento sem causa do particular.

Essa conclusão, todavia, leva a um outro questionamento, uma vez que nenhuma situação concreta enseja uma aplicação única da lei, havendo sempre uma margem de extensão variável para a decisão. Mas como determinar essa margem? Quais os princípios de interpretação *corretos*? E que liberdade de interpretação se deve proporcionar ao juiz?⁶⁹

Eros Grau responde a esta indagação ensinando que “o elenco possível de decisões corretas, relacionadas à interpretação de cada norma jurídica, é sempre limitado. Sua abertura não é absoluta, embora suficiente para permitir permanença o direito u serviço da realidade. Assim, o intérprete – e, sobretudo, o juiz – atuam sempre, permanentemente retidos em sua vinculação pelas regras e pelos princípios jurídicos. Por isso é que, em especial quanto às decisões da autoridade judiciária, a essa situação jamais se poderá atribuir caráter discricionário. Neste sentido é que reafirmo estar o juiz, embora não

67. *Juizes Irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris. p. 86.

68. NANNI, Giovanni Fittore. *A Responsabilidade Civil do Juiz*. s.l.: Max Limonad, 1999. p. 55-56.

69. ROSS, Alf. *Diricto e Justiça*. trad. Edson Bini. Bauru: Fdipro, 2003. p. 330-331.

*vinculado ao 'espírito da lei' ou à 'vontade do legislador' vinculado às regras e aos princípios jurídicos"*⁷⁰

Ao tratar da interpretação, Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, afirmou que *"o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem"*⁷¹

Conclui-se, desta forma, que não pode o juiz estabelecer qualquer solução para o caso em concreto, mas apenas uma solução que esteja situada na moldura que representa o Direito, isto é, compatível com as regras e os princípios jurídicos de um dado sistema. Somente dentro desta moldura é que se pode falar em poder criador do juiz, de modo que a decisão contrária ao direito ensejará responsabilidade do Estado.

4.1.1. O art. 630 do Código de Processo Penal.

De acordo com a legislação processual penal brasileira, a reparação do erro judiciário penal está vinculada ao instituto da revisão criminal.⁷²

Cumpra mencionar, entretanto, que o texto do art. 630 não guarda compatibilidade com a Carta Magna de 1988. Primeiramente, o dispositivo processual subordina o direito à indenização ao pedido de revisão criminal julgado procedente.

70. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 205.

71. *Teoria Pura do Direito*. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 390.

72. Art. 630 do CPP: "O Tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos".

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

§ 2º - A indenização não será devida:

a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;

b) se a acusação houver sido meramente privada"

Ocorre que a letra do art. 5º inciso LXXV da Carta Constitucional, não-vinculou o pedido de reparação por erro judiciário à revisão criminal. Ora, se a própria Constituição, que é nossa lei maior, não estabeleceu essa restrição ao pedido de indenização, não há como se admitir que a legislação infraconstitucional o faça.

Neste sentido, Yussef Said Cahali preconiza que “o texto constitucional, assegurando a reparação à vítima do erro judiciário, não condiciona o exercício da pretensão indenizatória ao prévio acolhimento de revisão da sentença condenatória. E, por outro lado, impondo ao Estado a obrigação de indenizar àquele que ‘ficar preso além do tempo fixado na sentença’ estará implicitamente também assegurando ao sentenciado o direito de ser indenizado em virtude de prisão sem sentença condenatória”⁷³

Ademais, o *caput* do art. 630 dá a entender, por meio da expressão “poderá”, que a indenização por erro judiciário é uma mera faculdade do Estado. Não existe, contudo, tal discricionariedade. Pelo contrário: tal indenização coaduna-se com o sistema de responsabilidade do Poder Público por atos jurisdicionais, configurando, assim, verdadeiro direito da vítima.

A hipótese excludente de culpa do condenado prevista no § 1º do art. 630 mostra-se igualmente inaceitável, já que a confissão pura e simples não é suficiente para a condenação.

Por fim, o § 2º, “b” do art. 630 também não foi recepcionado pelo texto constitucional, uma vez que, não-obstante a ação seja meramente privada, a condenação é sempre estatal e, portanto, dotada de caráter publicístico. O fato de a acusação ter sido privada não lhe retira o caráter de ato *jurisdicional*, nem do Poder Judiciário a condição de *Estado* no exercício de função que lhe é própria, e tampouco do juiz a qualificação de *agente público* no exercício de suas funções.⁷⁴

73. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 603.

74. ARAÚJO, Edmir Neto de. *Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 113.

Destarte, é possível concluir que a existência do art. 630 do CPP não mais se justifica, já que a Constituição Federal consagrou uma regra geral estabelecendo a responsabilidade objetiva do Estado, por danos que seus agentes causarem a terceiros.

4.2. Erro judiciário civil.

A Doutrina e a Jurisprudência brasileiras são resistentes em admitir a responsabilidade objetiva do Estado por atos jurisdicionais no âmbito civil. Isso porque no processo civil, a intervenção estatal é menos direta, a iniciativa processual é da parte, e as causas geralmente giram em torno de interesses patrimoniais.

Ocorre que, apesar destas diferenças, a jurisdição é una, não havendo motivos para cindir a responsabilidade estatal em dois regimes. A regra geral do art. 37. § 6º da Constituição Federal, por sua vez, não estabelece distinção entre erro judiciário penal e civil.

Neste sentido, é a conclusão de Marcelo Sampaio Siqueira: *“O inciso LXXV do artigo 5º da CF expressamente determina o dever de o Estado indenizar o condenado pelo erro judiciário, sendo vedado ao aplicador do Direito desenvolver uma interpretação restritiva dessa norma e concluir que ela se refere ao erro cometido em ação de jurisdição penal”*⁷⁵

Importante ressaltar que, assim como na jurisdição penal, a responsabilidade do Estado por sentença cível danosa não exige sua prévia desconstituição por meio de ação rescisória. Mesmo se decorrido o prazo decadencial da ação rescisória, deve admitir-se a possibilidade de responsabilização do Estado, ainda que mantida a sentença danosa definitivamente transitada em julgado.

Discute-se, no entanto, se a responsabilidade do Estado por erro judiciário civil é objetiva ou subjetiva.

75. *Responsabilidade do Estado, Erro judicial praticado em ação cível*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 223.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *a jurisprudência nacional admite a responsabilidade objetiva do Estado apenas na esfera criminal, o que lhe parece bastante razoável, uma vez que, embora a função jurisdicional, no âmbito civil, objetiva, em última instância, a consecução da paz social, quando se exerce no caso concreto, ela não beneficia a toda coletividade, mas apenas as partes envolvidas. Não há como aplicar a regra da repartição dos encargos sociais, fundamento da teoria da responsabilidade objetiva, já que o benefício e o prejuízo alcançam apenas as partes envolvidas no processo.*⁷⁶

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, no mesmo sentido, entende que *“o princípio da responsabilidade objetiva, que se satisfaz com a causação do dano, não pode ser aceito no âmbito dos atos judiciais porque sempre, ou quase sempre, da atuação do Juiz na jurisdição contenciosa resultará alguma perda para uma das partes. Se esse dano fosse indenizável, transferir-se-ia para o Estado, na mais absoluta socialização dos prejuízos, todos os efeitos das contendas entre os particulares”*⁷⁷

Não nos parece o melhor entendimento, pois a Constituição Federal, além de consagrar a responsabilidade objetiva em seu art. 37, § 6º, não estabeleceu distinção entre o erro judiciário penal e o erro judiciário civil, não havendo razão para se estabelecer um tratamento diferenciado.

Entretanto, essa discussão em torno da modalidade da responsabilidade pública – se objetiva ou subjetiva – deixa de ter significativa relevância teórica quanto se trata de ato jurisdicional. Isso porque o dano decorrente da atividade do Poder

76. Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 198, p. 91, 1994.

77. A Responsabilidade Civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Revista AJURIS*, n. 59, p. 36, 1993.

Judiciário sempre pressupõe, de alguma forma, um comportamento culposo do magistrado, seja decretando prisão preventiva injustificadamente, seja concedendo uma liminar sem necessidade, seja cometendo erro judiciário, seja deixando de dar andamento ao processo. O erro *lato sensu*, portanto, pressupõe a culpa.

A responsabilidade objetiva do Estado por atos jurisdicionais adquire importância tocante ao tratamento concedido à vítima do dano, que não precisará comprovar a culpa do juiz para obter indenização. Basta que comprove a ação ou omissão, o dano e o nexo causal para que faça jus ao ressarcimento do prejuízo por ela injustamente suportado. A responsabilidade objetiva, por sua vez, deve ser analisada caso a caso, conforme ressaltado anteriormente, de modo a coibir abusos desenfreados em detrimento do Poder Público.

O erro judiciário civil poderá ocorrer nas hipóteses do art. 133 do Código de Processo Civil (dolo ou fraude do juiz e denegação de justiça).⁷⁸ Ocorre que tal dispositivo, repetido com pequenas alterações no art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional n. 35/1979, estabelece a responsabilidade subjetiva e pessoal do magistrado.

Diante desta aparente antinomia, surge a questão de saber se estão revogados pela Constituição os dispositivos das leis ordinárias que contrariam o princípio de que a responsabilidade é objetiva e direta do Estado; se a responsabilidade é direta, tanto do Estado como do Juiz, nos casos previstos em lei, cabendo ao interessado escolher o sujeito passivo contra o qual pretende promover a sua ação indenizatória; ou se a responsabilidade é pessoal e exclusiva do magistrado.

No tocante à constitucionalidade do dispositivo da legislação processual, Juary C. Silva entende que “*o dispositivo do art. 133 do Código de Processo Civil mostra-se dissonante, inarmônico, exceptivo, sem força para tal, visto que apenas preceituação ordinária (...) É ele diretamente inconstitucional, na medida em que*

78. “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”

*dispõe sobre algo de modo diverso de uma regra constitucional”*⁷⁹

Comunga do mesmo entendimento Edmir Neto de Araújo, ao alegar que “*não é lícito ao prejudicado acionar diretamente o magistrado, ao contrário do que dispõe o art. 133 do Código de Processo Civil, dispositivo este claramente inconstitucional. Assim, o juiz só será acionado pelo Estado, regressivamente, em caso de condenação patrimonial deste, caso tenha havido de sua parte dolo ou culpa devidamente apurados*”.⁸⁰

José de Aguiar Dias, por outro lado, entende que o art. 133 do CPC é constitucional, cabendo ao lesado optar entre acionar o Estado ou o magistrado. Neste sentido, ensina que “*ao prejudicado é que assiste a opção, que pode até ser uma expressão de seu civismo, querendo poupar a coisa pública da obrigação de responder pelo dano, ou prevenir benevolências do poder com servidores que, gozando de prestígio, escapem à ação regressiva*”⁸¹

Cremos que esta última posição se coaduna mais com o espírito de proteção da vítima. Caso se considere que a regra do art. 133 do CPC constitui complemento, ao oferecer ao lesado a via pessoal e direta ao juiz responsável pelo dano, sem lhe subtrair a via direta ao Estado, então, não haverá qualquer antinomia a ser dirimida, eis que o espírito do legislador deverá ser sempre interpretado em prol da melhor tutela oferecida àquele em benefício de quem o instituto foi construído.⁸²

Ademais, cumpre preceituar que as leis devem ser interpretadas conforme a Constituição, segundo o princípio da unidade do ordenamento jurídico.

79. *A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos, Teoria da Responsabilidade Unitária do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 215-216.

80. *Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 128.

81. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 654.

82. LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade Pública por Atividade Judiciária*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Professora Dra. Odete Medauar, São Paulo, 2001. p. 150.

Neste sentido, entende Luís Roberto Barroso que “*uma norma não deve ser declarada inconstitucional: a) quando a invalidade não seja manifesta e inequívoca, militando a dúvida em favor de sua preservação; b) quando, entre interpretações plausíveis e alternativas, exista alguma que permita compatibilizá-la com a Constituição*”.⁸³

Trata-se da interpretação conforme a Constituição, isto é, escolha de uma interpretação da norma legal que a mantém em harmonia com a Constituição, em meio a outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. O papel da interpretação da Constituição é, precisamente, o de ensejar uma alternativa legítima para o conteúdo de uma norma que se apresenta como suspeita, possibilitando a sua preservação dentro do ordenamento jurídico.

Assim, responde por dolo o juiz diretamente (sendo a responsabilidade do Estado subsidiária) ou o Estado diretamente (regredindo ao juiz) por escolha do interessado. Responde por culpa apenas o Estado diretamente (com regresso ao juiz, após a condenação, ou denunciando a lide ao juiz). Responde por falha anônima ou por ato lícito apenas o Estado diretamente.

Portanto, a coexistência de ambos os regimes, o da responsabilidade pessoal do juiz e o da responsabilidade objetiva do Estado deve resultar em prol do usuário do serviço a quem caberá a escolha em face de quem demandar e a qual título. Trata-se, assim, de instituto protetivo da vítima e não-restritivo de seu direito.⁸⁴

Isto posto, o art. 133 do CPC não é inconstitucional, permanecendo como instrumento à alternativa a ser escolhida exclusivamente pela vítima, dentre os demais instrumentos oferecidos pelo ordenamento. A vítima, contudo, deverá provar a conduta dolosa do juiz se demandá-lo diretamente, restando, ao contrário, dispensada de tal ônus se demandar o Estado objetivamente.⁸⁵

83. *Interpretação e Aplicação da Constituição, Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 185.

84. LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade Pública por Atividade Judiciária*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Professora Dra. Odete Medauar, São Paulo, 2001, p. 151.

85. *Idem*, p. 169-170.

5. Conclusão.

A irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais constitui o último baluarte da teoria da irresponsabilidade do Poder Público, e seu reconhecimento representa importante mecanismo de defesa do indivíduo em face do gigantismo do Estado.

O fundamento da responsabilidade objetiva do Estado por atos jurisdicionais está no comando do art. 37, § 6º, da Magna Carta, considerado princípio da Administração Pública. Não deve ele ser confundido com o art. 5º, LXXV, verdadeiro direito fundamental da vítima.

Entretanto, segundo os ensinamentos de Mauro Cappelletti, essa modalidade de responsabilidade deve ser vista não em função do prestígio e da independência da magistratura enquanto tal, nem em função do poder de uma entidade abstrata como o “Estado” ou “o soberano” seja este indivíduo ou coletividade. Ela deve ser vista, ao contrário, em função dos usuários, e, assim, como elemento de um sistema de justiça que conjugue a imparcialidade -- e aquele tanto de separação ou isolamento político e social que é exigido pela imparcialidade -- com razoável grau de abertura e de sensibilidade à sociedade e aos indivíduos que a compõem, a cujo serviço exclusivo deve agir o sistema judiciário.

Não há dúvida de que a indenização por dano decorrente de ato jurisdicional constitui significativa conquista do indivíduo em face do Poder Público. Direito e responsabilidade são duas faces de uma mesma moeda, de modo que não há como excluir os atos jurisdicionais, cobrindo-os com o manto da imunidade. Os atos praticados pelos membros do Poder Judiciário constituem serviço público, devendo o Estado zelar pela sua eficiência e assumir a responsabilidade pelos danos deles emergentes.

Contudo, não deve essa responsabilidade ser ilimitada, pois, conforme já analisado, a atividade de interpretação do Direito não é puramente lógica, mas construtiva. O juiz tem o papel de transformar a realidade, aplicando as normas jurídicas de acordo com critérios de equidade e exigências do bem comum. A responsabilidade objetiva, assim, deve existir apenas quando a solução dada pelo juiz estiver fora da moldura que representa o Direito, contrariando as regras e os princípios jurídicos.

Do exposto, é possível concluir que, muito embora a doutrina atual caminhe para a aceitação da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, contestando aqueles tradicionais argumentos da doutrina conservadora, o ideal seria que o presente tema, bastante controvertido e polêmico, fosse objeto de disciplina legal específica. Somente assim, as dúvidas seriam finalmente dirimidas, poupando a doutrina e os tribunais brasileiros do esforço de definir o alcance da responsabilidade estatal, e deixando a vítima mais garantida no tocante à existência de seus direitos.

São Paulo, setembro de 2004.

6. Bibliografia.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional no Brasil. *Revista AJURIS*, v. 59, 1993.

ARAÚJO, Edmir Neto de. *Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ARDANT, Philippe. *La responsabilité de l'État du Fait de La Fonction Juridictionnelle*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, 3. ed. São Paulo, Malheiros, 1995.

_____. *Curso de Direito Administrativo*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição, Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BUZAID, Alfredo. Da Responsabilidade do Juiz. *Revista de Processo*, n. 9, 1978.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. v. I.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Rio de Janeiro:

Laemmert & C, 1905.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed.. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO. Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COTRIM NETO, Alberto Bitencourt. Da Responsabilidade do Estado por Atos de Juiz em Face da Constituição de 1988. *Revista AJURIS*, v.55, 1992.

SILVA, Almiro do Couto e. A Responsabilidade Extracontratual do Estado no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 202, v.1, 1991.

_____. Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento. *Revista de Direito Público*, n. 63, ano XIV e *Revista dos Tribunais*, julho;setembro-1982.

CRETILLA JUNIOR, José, *Comentários a Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

_____. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 99, 1970.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Juízes Irresponsáveis? Uma Indagação sempre Presente. *Revista dos Tribunais*, n. 674, 1991.

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

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 198, 1994.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade Civil do Estado-Juiz*. Curitiba: Juruá, 1995.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito Intertemporal em Matéria Civil*. São Paulo: Libris, 1967.

- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. *Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional, Brasil-Portugal*. São Paulo: J. de Oliveira, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KLOSS, Eduardo Sotto. La Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador, un Principio General del Derecho Chileno. *Revista de Derecho Publico*, n. 21/22 (1977)
- LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. Rio de Janeiro, n. 210, 1997.
- LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.
- LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade Pública por Atividade Judiciária*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.
- MEDAUAR, Odete *Direito Administrativo Moderno*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MODESTO, Paulo. Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 1 2002.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil - parte geral*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- NANNI, Giovanni Ettore. *A Responsabilidade Civil do Juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- NUNES, Rômulo José Ferreira Nunes, *Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais*. São Paulo: LTr, 1999.
- PIMENTA BUENO, José Antonio, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1958.
- PORTO, Mário Moacyr. *Temas de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais 1989.
- REBOLLO, Luis Martin. *Jueces y Responsabilidad del Estado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Trad. Dr. Rogério Ehrhardt Soares, Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

RODRIGUES, Cláudia B., *Responsabilidad del Estado por Error Judicial, Segun la Corte Suprema, ADHOC*, Buenos Aires.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

SALAZAR, Alcino de Paula. *Responsabilidade do Poder Público por Atos Judiciais*. Rio de Janeiro, 1941.

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

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Responsabilidade do Estado. Erro judicial praticado em ação cível*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

STOCO, Rui. Responsabilidade do Estado por Erro Judiciário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 21.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.