

PAULO HENRIQUE MACERA

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO JUDICIAL

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Thiago Marrara de Matos

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2015

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO JUDICIAL

PAULO HENRIQUE MACERA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Associado Thiago Marrara de Matos.

Versão corrigida em 25/05/2015. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da unidade.

SÃO PAULO
2015

FOLHA DE AVALIAÇÃO

PAULO HENRIQUE MACERA

RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO JUDICIAL

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo
para obtenção do título de Mestre em
Direito

Área de Concentração: Direito do Estado

Subárea: Direito Administrativo

Banca Examinadora

Professor Dr.: _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Professor Dr.: _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Professor Dr.: _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

O encerramento deste trabalho representa o fim de um ciclo de três anos. Nesse período, várias pessoas mostraram-se de notável importância. A elas, não poderia deixar de prestar os meus sinceros agradecimentos.

Ao Professor Associado Thiago Marrara de Matos, por permitir o meu retorno acadêmico à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, acreditar no potencial do tema escolhido e, principalmente, por cumprir, de forma brilhante e dedicada, o seu papel de orientador, sempre motivando, incentivando, criticando e favorecendo a evolução intelectual e acadêmica de seus orientandos. Registro meu agradecimento não apenas pela fundamental contribuição para a elaboração da presente dissertação, mas também por oportunizar a participação nos Seminários de Pesquisa em Direito Administrativo da FDRP/USP, confiar a mim a missão de monitorar o Grupo de Estudos em Direito Administrativo e dar a abertura para a publicação de artigos acadêmicos ao longo desses três anos.

Aos meus caros colegas de mestrado também da área de Direito do Estado: Bruno Cunha, Carolina Pacce, Eduardo Bim, Fernando Moreno, Gabriel Mundim, Ingrid Mian, João Spörl, Murilo Giordan, Natália Cesário, Natalia Moretti, Patrícia Campos e Thiago Stuchi.

Aos grandes amigos, também da área do Direito: Eduardo Liborio, Fernando Neisser, Gustavo Guerra, Guilherme Nogueira, Renato Franco, Rômulo Coutinho.

E, sobretudo, aos meus pais, ao meu irmão, e a todos da minha família, pelo constante estímulo ao estudo e aprimoramento profissional, e à minha namorada, pelo companheirismo e apoio irrestrito ao longo de todo esse processo.

A todos, muito obrigado.

RESUMO

A presente dissertação aborda a problemática questão da responsabilidade do Estado por omissões judiciais em seus diversos aspectos. Apresenta um panorama geral do papel e da função do instituto da responsabilidade extracontratual do Estado concebido dentro de um sistema amplo de controle e responsabilidade em sentido amplo do Poder Judiciário e da magistratura, sobretudo no sistema brasileiro. Examina a tipologia dos atos oriundos do Poder Judiciário para fins da incidência da responsabilidade estatal. Analisa a responsabilidade do Estado em face dos atos jurisdicionais e não jurisdicionais do Poder Judiciário. Estuda separadamente cada requisito da responsabilidade do Estado por omissão. Traça as peculiaridades de cada um desses requisitos considerando as peculiaridades da atividade judiciária. Propõe e delimita, com enfoque (mas não exclusivamente) no processo cível, oito espécies de omissões judiciais passíveis de gerar a responsabilidade do Estado. Enfrenta, dentre essas espécies, a questão da denegação de justiça e morosidade judicial. Trata da responsabilidade pessoal do magistrado e demais servidores. Discorre sobre a relação dessa responsabilidade com a do Estado. E, por fim, expõe algumas questões processuais relacionadas a tais ações.

Palavras chaves: Responsabilidade do Estado; omissão judicial; denegação de justiça; morosidade; responsabilidade dos magistrados.

ABSTRACT

This dissertation addresses the highly problematic issue regarding liability of the State on court omissions in its various aspects. It provides an overview of the role and function of the liability of the State in torts considering the Brazilian broad control system of judicial acts. This work deals with specific types of acts related to liability of the State in the Judiciary, by analyzing the liability on judicial and non-judicial acts. It also studies each aspect of the liability of the State on court omissions considering the peculiarities of the judicial activity. Another point is the effort to clearly define eight species of court omissions focusing (but not exclusively) in Civil Procedure Law and the attempt to deal with issues related to justice denial and judicial delay. It studies judge and judicial employees' accountability and the discussion related to this judicial accountability and the State. Finally, it presents some procedural issues related to such actions.

Keywords: Liability of the State; court omission; justice denial; judicial delay; judge's accountability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. RESPONSABILIDADE DO ESTADO E CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO..	4
1.1. Sistema de recrutamento dos magistrados e organização da carreira	7
1.2. Espécies de responsabilidade da magistratura	13
1.3. Modelos de responsabilidade da magistratura	27
1.4. A responsabilidade civil do Estado e dos magistrados: breves considerações	30
1.5. O papel da responsabilidade extracontratual do Estado por atos do Poder Judiciário no direito brasileiro	40
2. TIPOLOGIA DOS ATOS DO PODER JUDICIÁRIO E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM RELAÇÃO A CADA ESPÉCIE	45
2.1. Classificação dos atos judiciais	46
2.2. A responsabilidade por atos não jurisdicionais do Poder Judiciário	53
2.3. A responsabilidade do Estado por atos tipicamente jurisdicionais	55
2.3.1. O tema à luz do artigo 37, §6º, da Constituição	55
2.3.2. O “erro judiciário” do artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição	59
2.3.3. Análise dos argumentos estruturantes da tese da irresponsabilidade estatal	64
2.4. A melhor saída: o apego aos requisitos da responsabilidade do Estado	100
3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO	103
3.1. Culpa: é um requisito para sua verificação?	107
3.2. Conduta omissiva	120
3.3. Dano e suas características	130
3.4. Nexo causal e imputação	135
4. OMISSÕES JUDICIAIS: CONSIDERAÇÕES GERAIS	146
4.1. A natureza da omissão judicial	148
4.2. A prestação jurisdicional como um direito fundamental.....	151
4.3. A necessária distinção entre a omissão judicial e o erro, a má aplicação do direito, o indeferimento e demais atos judiciais denegatórios.....	154
4.4. Omissões judiciais pessoais e impessoais, lícitas e ilícitas, e a responsabilidade do Estado	156
4.5. Considerações específicas sobre o requisito da imputação e do dano	161
5. OMISSÕES JUDICIAIS EM ESPÉCIE	170
5.1. Denegação de justiça em sentido estrito.....	171
5.2. Morosidade judicial.....	182
5.3. Danos extraprocessuais ocasionados por omissões judiciais.....	202
5.4. Manutenção indevida de condenado ou acusado preso por omissões judiciais .	204

5.5. Extravio de autos.....	206
5.6. Falta de motivação dos atos judiciais	209
5.7. Omissões no âmbito das tutelas antecipadas no processo civil	213
5.8. Não adoção de medidas para a boa fluência processual.....	220
6. RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS MAGISTRADOS E DEMAIS AGENTES, E ASPECTOS PROCESSUAIS DA AÇÃO PRINCIPAL E REGRESSIVA	226
6.1. A responsabilidade dos magistrados e dos demais servidores judiciais e a ação regressiva.....	226
6.1.1. A sistemática do artigo 37, §6º da CF e dos demais dispositivos legais pertinentes.....	226
6.1.2. As hipóteses de responsabilidade pessoal do magistrado e a sua relação com a responsabilidade do Estado.....	229
6.2. Aspectos processuais da ação principal de responsabilidade movida pelo cidadão em face do Estado	238
CONCLUSÃO.....	244
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	247

INTRODUÇÃO

A realização do presente estudo foi motivada pela necessidade de se enfrentar um problema, comum ao Poder Judiciário de diversos países, porém bastante acentuado na realidade forense brasileira: a omissão judicial em suas espécies.

Trata-se de questão relacionada aos problemas infraestruturais e gerenciais da justiça que acabam por influir no próprio acesso efetivo do cidadão à jurisdição, uma das mais básicas garantias de um Estado Democrático de Direito. De nada adianta assegurar ao indivíduo direitos se não houver a correspondente possibilidade de esses serem tutelado tempestivamente e de maneira efetiva.

Mais especificamente, dentre as diversas perspectivas pelas quais esse problema pode ser encarado, este trabalho inspirou-se na análise do tema sob o enfoque do cidadão-jurisdicionado. Mazelas como a falta de acesso à efetiva prestação jurisdicional em tempo adequado, a lentidão da justiça, a má gestão e condução de processos, dentre outras, podem resultar em graves e indevidas violações a direitos individuais. Resta ao jurisdicionado, nesse caso, a busca da reparação pelos indevidos prejuízos sofridos. Ganha importância, nesse cenário, o instituto da responsabilidade extracontratual do Estado.

Ao contrário do que se pode observar com a responsabilidade extracontratual do Estado de modo geral, especialmente no tocante aos atos ligados ao Poder Executivo, a responsabilidade por atos e omissões judiciais pouco evoluiu, estando ainda muito atrelada, sobretudo na prática, à teoria da irresponsabilidade estatal.

Se, por um lado, é possível afirmar que parte considerável da doutrina vem admitindo cada vez mais a responsabilização do Estado por condutas oriundas do Poder Judiciário, o mesmo não se pode dizer da jurisprudência, que ainda se apegua à máxima *the king can do no wrong*.

A evidente importância de se buscar soluções para melhoria desse panorama, associado à intrigante constatação da baixa efetividade prática do instituto da responsabilidade do Estado, desperta o interesse em se estudar a fundo as situações nas quais é possível reconhecer a responsabilidade por omissão judicial. Igualmente, ganha relevância a pesquisa sobre os requisitos e condições necessárias ao surgimento do dever de reparação.

Para tal, buscou-se a exploração do tema a partir do desenvolvimento de seis capítulos. No primeiro, é apresentado um panorama geral do papel e da função do instituto da responsabilidade extracontratual do Estado concebido dentro de um sistema

de controle e responsabilidade em sentido amplo do Poder Judiciário e da magistratura. Para dar suporte a tal análise, abordaram-se, de maneira bastante sintética, algumas questões como os sistemas de recrutamento e organização da carreira da magistratura, os modelos e sistemas de responsabilidade (pautados na clássica obra de Mauro Cappelletti), a importância e os possíveis fundamentos da responsabilidade civil do Estado e dos magistrados, dentre outros pontos. Evidentemente, amoldou-se também tal análise à realidade sistêmica brasileira.

No segundo, analisa-se a também problemática questão geral da responsabilidade do Estado por atos judiciais e jurisdicionais, pautando-se em como essa é encarada diante dos tipos de atos do Poder Judiciário. Conseqüentemente, foram enfrentados os conhecidos argumentos que dão suporte à tese da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais.

O terceiro capítulo – ainda de cunho mais amplo, porém constituindo indispensável ponto de partida para o enfrentamento da parte específica deste estudo – destina-se a abordar a responsabilidade do Estado por omissão judicial, pautada, sobretudo na análise de seus requisitos indispensáveis. Para tal, foram enfrentadas: a polêmica entre as correntes objetivistas e subjetivista; as condições para que uma simples omissão estatal possa adquirir *status* de conduta omissiva juridicamente relevante para os fins da responsabilidade do Estado; as características indispensáveis à configuração do dano; e, enfim, a questão do liame necessário entre a conduta e o dano para haver a responsabilidade, pautada nas recentes posições doutrinárias que enfrentam as diferenças entre causalidade e imputação.

Também com azo nos requisitos da responsabilidade estatal por condutas omissivas, no quarto traçam-se as peculiaridades desses quando aplicados às omissões judiciais, assim como as demais considerações de caráter mais genérico sobre o tema específico.

Já no quinto capítulo, possivelmente o ponto culminante do desenvolvimento gradual do tema nos quatro anteriores, propõe-se, sem a intenção de criar um rol exaustivo, oito espécies de omissões judiciais passíveis de resultar na responsabilidade do Estado. Naturalmente, foi dado um especial destaque à questão da denegação de justiça e da morosidade judicial.

Esclarece-se, desde já, que a pesquisa foi realizada com um enfoque maior, embora não exclusivo, no processo civil.¹ Sem prejuízo disso, essas espécies elencadas, bem como grande parte das considerações feitas, servem a processos de outra natureza.

Enfim, na última parte, é tratado o também importante tema da responsabilidade pessoal dos magistrados e demais servidores. Discorre-se sobre a relação dessa responsabilidade com a do Estado e, por fim, são expostas algumas questões processuais relacionadas a tais ações.

¹ Ao longo da presente dissertação, dada provável e iminente expectativa de se promulgar o Novo Código de Processo Civil, foram abordados várias questões com referência ao Projeto de Lei do Senado n.º 166/2010 (PL 8.046-A/2010, conforme a numeração da Câmara dos Deputados) elaborado para tal finalidade (doravante denominado simplesmente de PLNCPC). A referência aos dispositivos foi baseada no substitutivo da Câmara dos Deputados, de março de 2014, ao referido projeto de lei, uma vez que se trata de versão mais recente. Todavia, há, naturalmente, a possibilidade de que o Código de Processo Civil seja aprovado com alterações em relação às disposições desse substitutivo tomado por referência (tanto no aspecto substancial, quanto à própria numeração dos dispositivos).

1. RESPONSABILIDADE DO ESTADO E CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO

O termo “responsabilidade” pode assumir diversas acepções. É possível designar a qualidade positiva de alguém que age com prudência em seus atos; a posição específica de alguém se responsabilizar por determinada incumbência por meio de lei ou ato de vontade; o dever jurídico de responder pelos próprios atos ou por os de outrem; obrigação de prestar contas; imposição legal ou moral de reparar ou satisfazer algum dano; etc.

Do ponto de vista estritamente jurídico, a responsabilidade também é utilizada em sentidos diferentes. Formada do vocábulo “responder” – com origem na palavra latina *respondere* – pode designar a consequência (jurídica) atribuída a determinada pessoa que, devendo observar uma obrigação que lhe é cometida, não o faz. Indica os efeitos jurídicos impostos à pessoa pelo fato que lhe foi imputado. Liga-se à noção de imputabilidade² e suas consequências jurídicas.

Assume, portanto, conotações mais amplas ou mais restritas. Conforme o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa o termo “responsável”, a depender do contexto, apresenta a seguinte acepção: “aquele que deve prestar contas perante certas autoridades”.³ Mais do que isso, é possível que essa prestação de contas, dever de quem é o responsável, não seja dirigida a alguma autoridade específica, mas à sociedade como um todo, como ocorre na chamada “responsabilidade social” do Estado e daqueles que exercem o poder.

Já no Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva, aponta-se que “responsabilidade administrativa”, em um sentido mais amplo, também remete à “*obrigação de cumprir* os encargos ou desempenhar as atribuições que são confiadas ao administrador, segundo as ordens dadas ou as condições estabelecidas”. E segue ainda: “por essa razão, é que, quando não cumpre fielmente os deveres impostos, responde ou é responsabilizado pelas ações ou omissões prejudiciais aos interesses da administração”.⁴

² Nesse sentido: ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso direito administrativo*, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 766.

³ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1653.

⁴ SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 1.222.

Mauro Cappelletti,⁵ ao discorrer sobre o aumento da responsabilidade dos juízes no mundo moderno, afirma que esse termo deve ser encarado tanto como o recrudescimento dos poderes dos magistrados (tanto processuais como substanciais), como também pela correlata prestação de contas (*accountability*), igualmente ampliada.

Ao se partir de definições mais amplas de responsabilidade, estar-se-á abrangendo, evidentemente, muito mais questões do que o instituto da responsabilidade extracontratual do Estado. Haverá, nesse caso, uma aproximação das noções de responsabilidade e de controle. Deter poder e ser responsável por atribuições conferidas por um múnus público significa ter de prestar contas pelos atos e omissões praticados no exercício de tais funções e, assim, submeter-se a controle.

Responsabilidade (em sentido mais amplo) no exercício de qualquer poder é fundamental para que ele seja exercido sem os indevidos desvios e de acordo com as finalidades pelas quais o povo, seu verdadeiro detentor, o outorgou a seus representantes. Dissociar o poder da responsabilidade é distanciá-lo do contexto de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, embora as características das funções judicial e administrativa sejam distintas, em alguns aspectos elas se assemelham: qualquer delas é exercida em nome do povo e não daquele que detém a investidura na função pública; estão submetidas aos ditames constitucionais e legais; todas as prerrogativas conferidas àqueles que as exercem devem ser usadas em razão dela; ambas estão submetidas a algumas instâncias de controle (mútuo controle entre os poderes, controle social, controles de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional, patrimonial, incidente, ao menos, em relação à atividade meio, dentre outras formas). Existe, portanto, responsabilidade no exercício dessas funções.

Acrescenta-se a isso o fato de que a prestação dos serviços judiciários não é feita somente com a prática de atos de natureza jurisdicional. Há uma gama de atos e atividades de natureza eminentemente administrativa que compõe tal atividade, que abrange desde a estruturação geral dos serviços judiciários – planejamento e distribuição orçamentária, organização das carreiras e recrutamento de magistrados e demais servidores, estruturação física e imobiliária dos fóruns, compra de materiais necessários ao desempenho de tais atividades, etc. – até a prática de atos de natureza administrativa no próprio processo judicial.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 18-24.

Assim, embora a jurisdição não se confunda com a atividade de administração, é possível afirmar que muitos dos institutos e espécies de controles da Administração Pública podem ser aproveitados quando se fala em controle do Poder Judiciário.

Conforme José Joaquim Calmon de Passos, “somar poderes ao magistrado sem lhes acrescer, também, a responsabilidade é deslegitimá-lo democraticamente”.⁶ Segundo Mauro Cappelletti,⁷ um poder não sujeito à prestação de contas é uma patologia e algo incompatível com um sistema democrático. É também nesse sentido que, discorrendo sobre a importância da responsabilização dos magistrados no Estado de Direito, aponta Fabiano André de Souza Mendonça que:

“[n]um regime democrático, o problema vai mais além. Deter poder significa deter *responsabilidades*. Ter de responder por algo. O poder mostra-se, assim, contrário à liberdade; em se tratando de Estado, ao arbítrio. Ter poder significa ter menos liberdades. Daí impor-se a responsabilidade do Estado-Juiz. Ou o Judiciário não é o exercício de um poder? O equilíbrio poder/responsabilidade representa, assim, manifestação da ideia dos *checks and balances*.”⁸

Especificamente em relação ao instituto da responsabilidade civil, sabe-se que sua função predominante é a reparação de um dano indevidamente suportado por alguém. Discorrendo sobre o papel desse instituto, Sergio Cavalieri Filho esclarece que “[o] anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima”.⁹ Por conta disso, há uma necessidade fundamental de se redesenhar esse equilíbrio e reestabelecer em favor da vítima do dano o seu *status quo ante*.

A responsabilidade extracontratual do Estado, na condição de uma modalidade específica de responsabilidade civil, tem como principal escopo a recomposição patrimonial daquele que sofreu danos patrimoniais ou morais oriundos das atuações e omissões atribuídas ao Estado. Todavia, esse instituto pode perfeitamente ser concebido dentro de um amplo sistema de controle da atividade do Estado.

⁶ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 106.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 18.

⁸ MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Responsabilidade civil do Estado por ato judicial inconstitucional, *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 46. n. 244, fev. 1998, p. 133.

⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 13.

Assim, feitas essas considerações, passa-se a analisar qual o papel da responsabilidade extracontratual do Estado em um contexto de controle da atividade judiciária. Para apreciar tal questão com base em um maior substrato teórico, serão analisadas brevemente algumas peculiaridades de nosso ordenamento jurídico, considerando: os modelos pelos quais os magistrados são recrutados, os modelos de responsabilidade da magistratura, os fundamentos, os sistemas e as teorias sobre a responsabilidade do extracontratual do Estado (e dos magistrados) pelo exercício da atividade judicial, dentre outros aspectos.

1.1. Sistema de recrutamento dos magistrados e organização da carreira

A magistratura é um ofício que ocupa, indubitavelmente, uma posição de grande destaque no âmbito de qualquer Estado, sobretudo naqueles que adotam a lógica da separação de poderes. Os juízes são responsáveis pelo exercício de uma das principais funções do Estado. Todavia, se a importância dessa função é equivalentemente grande em diversos desses Estados, a forma e o procedimento por meio do qual os cidadãos são chamados para ocupa-la pode variar substancialmente conforme o direito de cada país.

Importante destacar que, ao se intentar classificar esses modelos de recrutamento de magistrados em categorias, deve-se ter em mente que cada Estado tem as suas características e peculiaridades próprias. Assim, a categorização desses modelos ideais torna-se útil enquanto instrumentos para auxiliar na compreensão do ordenamento de cada país (características, origens, influências), bem como possibilitar a comparação dos sistemas de diferentes países (identificação de uma maior proximidade ou um maior distanciamento de cada sistema, identificação de “famílias”, etc.).

Claudia Rosane Roesler,¹⁰ em estudo específico sobre essa questão, elenca duas tipologias de modelos de recrutamento de magistrados. A primeira delas, proposta por Van Caenegem, os classifica em três tipos: a) da nomeação pela autoridade política mais alta; b) de eleições populares; e c) de juízes advindos de uma casta da aristocracia, da pequena nobreza ou com o cargo adquirido por meio de sistema baseado em procedimentos censitários. Referida proposta, como destaca a autora, é mais adequada para estudar a evolução histórica europeia, a partir do momento em que predominou a profissionalização, do que propriamente para compreender os modelos atuais.

¹⁰ ROESLER, Claudia Rosane. Repensando o Poder Judiciário: os sistemas de seleção de juízes e suas implicações. p. 5630-5633. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_rosane_roesler.pdf. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

Já a outra tipologia mencionada – mais interessante para os fins da presente análise – é a proposta por Guarnieri. Nessa, os sistemas de recrutamento são divididos em três categorias: a) da designação por parte do Legislativo, Executivo ou ambos; b) da eleição direta pelos cidadãos; e c) do concurso público, seguido ou não por um período de experiência prática inicial.

Destaca ainda que nos países da Europa continental, a função judicial incorporou-se ao aparato estatal, tornando-se parte da Administração Pública, enquanto que na Inglaterra, e em alguns países da *Common Law* que sofreram influência inglesa, os juízes nunca foram perfeitamente incorporados no corpo administrativo do Estado. Já nos Estados Unidos, decorrência até da precoce democratização do sistema político produzida antes mesmo da profissionalização dos aparatos públicos, ocorreu uma considerável difusão do modelo de recrutamento de magistrados pela via eleitoral direta, embora também tenha sido influenciado pela sistemática da indicação por instituições políticas.

Conclui, ainda, que, embora seja uma generalização, é possível classificar os modelos de recrutamento de juízes em duas grandes categorias mais amplas: a) do “juiz profissional”, mais comum aos países da tradição *Common Law*, recrutado entre membros mais bem sucedidos de outras carreiras jurídicas e detentor de experiência profissional, o que abaliza a sua nomeação ao cargo e legitima o exercício da função jurisdicional; e b) do “juiz funcionário”, mais comum aos países de tradição romano-germânica, estruturado em sistemas de recrutamento por meio de concursos públicos e aposta no aprendizado da função no próprio exercício dessa, dentro da organização judicial, sendo o perfil do ingressante um jovem bacharel em Direito com pouco ou nenhuma experiência profissional.

Vincenzo Vigoriti,¹¹ em artigo publicado alguns anos após a promulgação da *Legge* 117/1988 italiana – sem dúvidas, um dos diplomas legislativos mais conhecidos no tema da responsabilidade do Estado envolvendo atos e omissões do Poder Judiciário – aponta que as regras relacionadas à responsabilidade do magistrado dos diversos ordenamentos sofrem influência do modelo de organização judiciária de cada país.

Na mesma linha apontada acima, o autor italiano classifica os ordenamentos, quanto à temática do recrutamento dos magistrados, em dois grandes modelos (embora reconheça, evidentemente, que possa haver substanciais diferenças conforme o

¹¹ VIGORITI, Vincenzo. La responsabilità del giudice in Italia, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 75, jul./set. 1994, p. 76-77.

ordenamento jurídico de cada país, mesmo dentro do mesmo modelo): a) o “modelo burocrático” (equivalente ao do “juiz funcionário” também apontado acima), de tradição francesa (e mais comum nos países da Europa continental e países latino-americanos), caracterizado pelo recrutamento análogo ao do emprego público, pela hierarquia, de um forte controle disciplinar e de uma limitada responsabilidade civil; e b) o “modelo profissional” (equivalente ao do “juiz profissional”), mais comum aos países da *Common Law*, tendente a valorizar substancialmente o profissionalismo no método de recrutamento, da inexistência de carreira, de hierarquia e do controle disciplinar.

Ao se analisar o ordenamento brasileiro, há de se reconhecer uma proximidade muito maior com o modelo dito burocrático, do “juiz funcionário”, pautado na realização de concursos públicos – vide artigo 93, inciso I, da Constituição Federal – de maneira relativamente semelhante ao dos demais servidores. Normalmente o perfil dos ingressantes na carreira é o bacharel com alguns anos de formado, cujo desenvolvimento e aprendizado da função normalmente ocorrem no desenvolver da própria carreira. Há certa incorporação da função judicial ao aparato estatal e, conseqüentemente, à Administração Pública.¹²

Todavia, há algumas características do ordenamento brasileiro que demonstram uma influência de outros modelos (inclusive o chamado “modelo profissional”). São alguns exemplos previstos na Constituição Federal:

- a) possibilidade de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal dentre cidadãos não necessariamente oriundos da carreira da magistratura, desde que preenchidos os requisitos do artigo 101, a serem nomeados pelo Presidente da República com a aprovação da escolha pelo Senado Federal;
- b) destinação de um quinto (“quinto constitucional”) das vagas dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais dos Estados, Distrito Federal e Território, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho (art. 94; art. 107, inc. I; art. 111-A, inc. I; art. 115, inc. I) e um terço das vagas do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, inciso II) para membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, bem como destinação duas vagas do Tribunal Superior Eleitoral

¹² Destaca-se, desde já, que a precisa classificação da função exercida pelos magistrados no âmbito das taxonomias dos agentes que exercem função pública, conforme será abordado mais à frente, ainda se apresenta controversa na doutrina.

e dos Tribunais Regionais Eleitorais para advogados com notável saber jurídico e idoneidade moral (art. 119, inc. II; e art. 120, inc. III);

c) nomeação dos ministros dos tribunais superiores (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar e parte dos ministros do Tribunal Superior Eleitoral) pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado Federal (art. 104, par. único; art. 111-A; art. 119, inc. II; e art. 123), respeitadas as regras constitucionais específicas de cada tribunal (tais como a observância das listas elaboradas pelos respectivos tribunais; alternância dos critérios de merecimento e antiguidade para magistrados oriundos da carreira; regras específicas do art. 123, *caput* e par. único, para nomeação dos ministros do STM; etc.);

d) nomeação de magistrados dos tribunais federais locais (Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e parte dos magistrados dos Tribunais Regionais Eleitorais) pelo Presidente da República, respeitadas as regras constitucionais específicas (art. 94, par. único; art. 107, *caput* e incisos; art. 115, *caput* e incisos; art. 119, inc. II);

e) nomeação pelo Governador do Estado ou do Distrito Federal dos magistrados oriundos do “quinto constitucional”, respeitadas as listas encaminhadas pelo respectivo Tribunal de Justiça (art. 94, *caput* e par. único);¹³

f) exigência de que o bacharel em direito tenha experiência de, no mínimo, três anos de atividade jurídica para assunção do cargo de magistrado (regra prevista no art. 93, inciso I, após a alteração trazida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, denominada de “reforma do Poder Judiciário”); etc.

A despeito dessas confluências de outros modelos, é possível afirmar com segurança que o ordenamento brasileiro seguiu predominantemente o modelo burocrático francês (do juiz funcionário).

Claudia Rosane Roesler¹⁴ aponta que as vantagens e desvantagens de cada modelo de recrutamento historicamente surgido podem ser matizadas pela formulação

¹³ Quanto a essa regra prevista na Constituição Federal, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que não poderia uma Constituição Estadual determinar que a escolha do Governador estivesse condicionada à aprovação pela respectiva Assembleia Legislativa, uma vez que a norma da Constituição Federal já exauriu o tratamento da matéria (ADI-MC 4.150-9/SP, rel. Min. Marco Aurélio, d.j. 08.10.2008 e ADI 202-3/BA, rel. Min. Octavio Gallotti, d.j. 05.09.1996).

¹⁴ ROESLER, Claudia Rosane. Repensando o Poder Judiciário: os sistemas de seleção de juízes e suas implicações. p. 5637. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_rosane_roesler.pdf. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

de políticas de formação inicial, de formação continuada e controle da atividade jurisdicional, devendo o Brasil reforçá-las.

A observação da autora, sem dúvida, é pertinente. Cumpre observar, todavia, que o controle sobre a atividade jurisdicional não deve incidir propriamente sobre a imprescindível liberdade dos magistrados de decidirem motivadamente sobre as questões que a eles são levadas. Deve incidir sobre qualidade da prestação jurisdicional enquanto serviço posto à disposição do cidadão-jurisdicionado – controle sobre o gerenciamento das varas, sobre o efetivo respeito às garantias dos jurisdicionados, enfim, sobre qualidade, de modo geral, desses serviços.

Quanto às políticas de controle de formação inicial e continuada, a Constituição Federal, sobretudo após a promulgação da mencionada EC 45/2005, traz algumas normas que visam atingir tais objetivos. Inovou-se com a previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção dos magistrados (art. 93, inc. IV, parte inicial); obrigatoriedade da participação nesses cursos de aperfeiçoamento (oficiais ou reconhecidos pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados-ENFAM) para o processo de vitaliciamento (art. 93, inc. IV, parte final); aferição do merecimento com base em critérios objetivos de produtividade e presteza, e a frequência e aproveitamento nesses cursos de aperfeiçoamento (art. 93, inc. II, “c”); não promoção de juiz que, injustificadamente, retiver autos processuais acima do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão (art. 93, inc. II, “e”); etc.

Além disso, sabe-se que, após a promulgação da referida emenda, o sistema brasileiro procurou melhorar seus mecanismos de controle disciplinar (notadamente pela criação do Conselho Nacional de Justiça) cuja preocupação é o aprimoramento dos serviços judiciários notadamente em face da atividade meio do Poder Judiciário – aspectos esses que serão mais bem detalhados no item subsequente.

Evidentemente, não basta apenas a previsão abstrata dessas normas para que tais políticas rendam os frutos almejados. Devem-se adotar políticas para que tais cursos não constituam meras etapas pró-forma, mas tenham, ao contrário, uma qualidade satisfatória tanto com relação ao seu conteúdo como em face do seu nível de exigência e aproveitamento. Além disso, devem ser dadas boas condições para que os magistrados possam efetivamente usufruir e aproveitar referidos cursos – sendo a principal condição a disponibilidade de tempo dos magistrados que, não raramente, encontram-se

sobrecarregados de trabalho¹⁵ – bem como deve haver planejamento para que sejam ofertados cursos a respeito de assuntos efetivamente proveitosos aos magistrados.

Em síntese, é possível afirmar que o sistema brasileiro é essencialmente burocrático, com algumas influências do modelo profissional (dentre as quais não se inclui o recrutamento na via eleitora, como acontece em relação a alguns magistrados no modelo norte-americano), mas que busca formas de aprimoramento da prestação dos serviços judiciários, sem romper, contudo, com a sua essência.

A respeito da correlação do tema da responsabilidade civil do Estado e da magistratura com o modelo de recrutamento e organização da carreira dos magistrados, Vincenzo Vigoriti,¹⁶ após descrever brevemente a conjectura, as crises e as mazelas vividas pelo Poder Judiciário italiano (que impulsionaram, inclusive, a aprovação da citada lei 117/1988), aponta que a razão em que o problema foi colocado era a progressiva rejeição das bases do modelo burocrático de organização da justiça italiana. Além disso, a aprovação de lei foi fruto da tendência de, ao menos em alguns poucos aspectos, aproximar-se do modelo profissional de organização. Assim, a busca pelo reforço da responsabilidade civil do Estado por questões judiciais e/ou responsabilidade civil dos magistrados estaria ligada à rejeição do modelo burocrático pelos italianos.

Sem a intenção de questionar a específica afirmação de que o peculiar contexto que levava à edição da *legge* 117 na Itália era o da rejeição pelos italianos das bases do modelo burocrático, entende-se que não há nenhuma incompatibilidade entre a opção política pela adoção do modelo do “juiz funcionário” e a aplicação do instituto da responsabilidade extracontratual do Estado em relação a atos e omissões oriundas do Poder Judiciário. Mais do que isso, a tentativa de se reforçar esse instituto não necessariamente representa uma tentativa de aproximação com o modelo profissional de recrutamento de magistrados.

Isso por conta de um motivo bastante simples: não há qualquer incompatibilidade da essência desse modelo com o instituto da responsabilidade extracontratual do Estado. Ora, se o modelo burocrático é justamente aquele em que a forma de recrutamento e organização da carreira da magistratura se aproxima do sistema dos demais servidores, não há motivos para imaginar que a simples adoção dele

¹⁵ Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci, ao classificar os principais fatores de lentidão do Poder Judiciário, faz menção à falta de tempo necessário para o aperfeiçoamento cultural dos juízes como um dos fatores de ordem técnica e subjetiva da morosidade (TUCCI, José Rogério Cruz e. O judiciário e os principais fatores de lentidão da justiça, *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 56, set. 1999, p. 78).

¹⁶ VIGORITI, Vincenzo. La responsabilità del giudice in Italia, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 75, jul./set. 1994, p. 76-77.

afastaria o instituto da responsabilidade do Estado dos atos e omissões judiciais. Se aos “servidores comuns” é aplicada a lógica da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado pelos seus atos, com a possibilidade da ação regressiva, não faz sentido imaginar que a estruturação da carreira da magistratura de maneira mais próxima à dos servidores comuns afastaria esse regime. Ao contrário, a tendência seria haver um sistema de responsabilidade civil do Estado e do magistrado mais próximo ao dos servidores comuns.

Além disso, conforme será abordado a seguir, nota-se que a tese da imunidade quanto à responsabilidade civil foi um instituto mais desenvolvido em países da *Common Law*, que não adotaram o modelo burocrático.

Por essas razões, não se vislumbra nenhuma incompatibilidade do sistema brasileiro com o instituto da responsabilidade extracontratual do Estado. Tampouco o reforço a esse instituto representaria o abandono, pelo nosso ordenamento, da essência do atual modelo de organização da carreira da magistratura adotado.

1.2. Espécies de responsabilidade da magistratura

Em obra bastante conhecida dentro do tema da responsabilidade da magistratura,¹⁷ o processualista italiano Mauro Cappelletti¹⁸ propõe uma tipologia das de responsabilidade judicial da magistratura estruturada em quatro espécies. A classificação dessa responsabilidade nesses tipos também é utilizada por alguns autores brasileiros, tais como: Augusto do Amaral Dergint,¹⁹ Rosimeire Ventura Leite,²⁰ Marcelo Sampaio Siqueira,²¹ etc.

São apontados os seguintes tipos de responsabilidade judicial:²² política, social, jurídica do Estado (substitutiva) e jurídica (pessoal) do juiz.

¹⁷ Referida obra não se destina a analisar especificamente a questão da responsabilidade civil do Estado ou dos magistrados, mas sim a responsabilidade judicial da magistratura de maneira mais ampla, bem como seus tipos e os modelos a partir da análise combinada desses tipos (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989).

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 35-78.

¹⁹ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 23-26.

²⁰ LEITE, Rosimeire Ventura. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 84-87.

²¹ SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Responsabilidade do Estado: erro judicial praticado em ação civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 203-205.

²² Cumpre esclarecer que o termo “judicial” contido na expressão “responsabilidade judicial” indica apenas que a tipologia proposta por Cappelletti se refere às espécies de responsabilidade que a magistratura está submetida. Não indica, como poderia transparecer, que o autor estaria classificando as

Em tal tipologia, há uma nítida utilização da expressão responsabilidade em sentido mais amplo. Assim, ela pode ser compreendida como as espécies de controle a que se submete o Poder Judiciário.

i) Responsabilidade política²³

Segundo o autor, trata-se de espécie de responsabilidade que se dá perante órgãos políticos em última instância do Poder Executivo e/ou Legislativo, exercitando-se por meio de procedimentos de caráter não jurisdicionais.

Quanto se fala em controle político da Administração Pública, normalmente está a se referir ao controle, baseado em critério políticos, exercido pelo Poder Legislativo. Todavia, alguns autores preferem a expressão “controle parlamentar” da Administração por não ser precisa a expressão “controle político”, vez que outros controles baseados também em critérios políticos podem ser exercidos por outros órgãos fora do Poder Legislativo.²⁴

A expressão “responsabilidade política” do Poder Judiciário usada por Cappelletti é pertinente tanto pelo caráter político dos critérios de responsabilidade utilizados, como pelos órgãos que o exercem (cúpula do Poder Legislativo e Executivo).

A responsabilidade política não está pautada, ao menos de forma principal, em violações de deveres de natureza jurídica pelos magistrados, mas sim em comportamentos a serem valorizado com base nesses critérios políticos. Tal controle poderia, conforme o processualista italiano, ser exercido até mesmo em face de atos relacionados com a vida privada do magistrado.

Normalmente, é fundamentado em normas de contornos mais vagos, abertas à interpretação criativa dos órgãos controladores (Executivo e/ou Legislativo), e com natureza política. Pode se dar em face de um juiz individualmente ou da magistratura como um todo.

espécies de responsabilidade de natureza judicial (mediante expedientes judiciais) a que a própria magistratura estaria submetida (como denota, por exemplo, na expressão “controle judicial da Administração Pública”). Ou seja, o termo “judicial” se refere ao sujeito controlado, e não ao sujeito controlador, e a tipologia proposta indica as diversas espécies de responsabilidade a que o Poder Judiciário pode se submeter (inclusive responsabilidade sem natureza judicial).

²³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 36-43.

²⁴ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 94-95.

Alguns exemplos desses controles são: *impeachment* de juízes perante a *House of Lords* na Inglaterra, a pedido da *House of Commons*; *address* e a remoção de juízes das Cortes inferiores pelo *Lord Chancellor*; etc.

Conforme Cappelletti, grande parte desses exemplos estão em desuso, mesmo nesses países da *Common Law* (onde a responsabilidade política tradicionalmente é mais forte). Todavia, apresenta um significado prático que não deve ser subestimado: sua força coercitiva moral, que influi no comportamento cotidiano dos magistrados, bem como a atenuação do risco do isolamento da magistratura enquanto órgão. Ou seja, ainda que não efetivamente utilizado, a simples existência desse mecanismo de controle acaba por contribuir com o bom desempenho dos serviços judiciários.

Esse temor justifica, inclusive, o fato de que em países da *Common Law*, onde se desenvolveu o princípio da imunidade dos magistrados, o controle acaba sendo mais rigoroso que em outros países da *Civil Law*.

Por outro lado, há sempre um risco inerente a tal espécie de responsabilidade da magistratura: ela pode ser utilizada como um instrumento de perseguição ou opressão dos juízes por parte dos órgãos políticos.

Destaca na Inglaterra a ocorrência de um fenômeno consistente na aproximação do controle político do disciplinar. Isso por conta de dois fatores: de um lado, os esforços no sentido de reduzir o alto grau de discricionariedade política inerente ao controle político, trazendo uma maior “juridicidade” a tal controle (aproximando o controle político do controle disciplinar), e, de outro, o fato de o controle disciplinar ser exercido, ao menos em parte, justamente por órgãos políticos (aproximando o controle disciplinar do controle político). A partir desse exemplo, destaca a tendência dos ordenamentos modernos de transformar gradualmente os mecanismos de “controle mais ou menos políticos” em mecanismos de “controle mais ou menos jurídicos”, consistente na acentuação de elementos jurídicos desse controle.

Cappelletti destaca ainda outra espécie de responsabilidade: a constitucional. Trata-se de uma subespécie da responsabilidade política. Apresenta as mesmas características da dessa, porém com um qualificativo: a responsabilidade baseia-se em violações a normas específicas previstas na Constituição. Dois exemplos dessa subespécie são o *impeachment* de juízes federais nos Estados Unidos e o *Richteranklage* na Alemanha.

Embora tal responsabilidade seja fundada em normas constitucionais – o que poderia levar tal responsabilidade a ser classificada como jurídica – esclarece o autor

que as violações previstas nessas normas continuariam a apresentar uma natureza política bastante acentuada, contornos bastante vagos e, assim, estariam sujeitas a uma interpretação criativa dos órgãos políticos (ou quase políticos) encarregados do controle. Assim, trata-se de um controle cujo caráter jurídico seria, no mínimo, nebuloso à medida que dá brechas para que comportamentos condenáveis do ponto de vista político, porém estritamente jurídico, sujeitam-se às sanções.

Não é necessário grande esforço para se concluir que o sistema brasileiro não prestigia muito essa forma de controle. Todavia, é possível mencionar o julgamento pelo Senado Federal dos crimes de responsabilidade cometidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (artigo 52, inciso II, da Constituição) como exemplo, ainda que a aplicação prática de tal dispositivo seja irrisória.

Levando-se em conta o controle preventivo, também seria possível mencionar a participação dos Poderes Legislativo e Executivo na nomeação ou mesmo indicação de alguns magistrados – conforme mencionado no item anterior.

Augusto do Amaral Dergint,²⁵ partindo dos exemplos de alguns dispositivos previstos na Constituição brasileira, já sustentava existir, antes mesmo da criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004, certo controle externo da magistratura. Dentre tais exemplos: princípio da publicidade dos julgamentos previsto no artigo 93, inciso IX (trata-se, em realidade, de um instrumento *conditio sine qua non* para o exercício do controle social, embora também possa auxiliar o controle político); sujeição das unidades administrativas do Poder Judiciário à fiscalização (sob diversas formas de controle) dos Tribunais de Contas, conforme o artigo 71, inciso IV, e artigo 75; elaboração dos orçamentos pelo Poder Judiciário de acordo com os limites estabelecidos pelos demais Poderes conjuntamente, conforme a lei de diretrizes orçamentárias, prevista no artigo 99, §1º; participação da Ordem dos Advogados Brasileiros nos concursos de ingresso da magistratura (art. 93, inciso I); indicação de advogados e membros do Ministério Públicos no chamado “quinto constitucional” (art. 94); nomeação pelo presidente da República e respectiva “sabatina” do Senado Federal dos ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101, parágrafo único), do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, parágrafo único), do Tribunal Superior do Trabalho (art. 111, §1º), do Superior Tribunal Militar (art. 123), etc.

²⁵ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 26-29.

Porém, o controle preventivo na nomeação de alguns magistrados afasta-se um pouco da noção de responsabilidade (ainda que em sentido amplo) da magistratura – sobretudo por não haver controle posterior, à exceção do exemplo do impeachment apontado acima, que praticamente não é utilizado. Por isso, o controle preventivo sequer é mencionado por Cappelletti como forma de responsabilidade política do Judiciário. É possível afirmar, portanto, com segurança que essa espécie de responsabilidade não possui grande relevância no sistema brasileiro. Alias, entende-se aqui que o fortalecimento dessa forma de responsabilidade não seria salutar em nosso sistema por desequilibrar a separação de poderes.

ii) Responsabilidade social²⁶

Assim como ocorre no controle político, o social pode ocorrer tanto em relação ao juiz, individualmente, como em relação à magistratura como um todo. Distingue-se daquele, todavia, pelo fato de que a “prestação de contas” é realizada não perante órgãos políticos, mas a organismos ou grupos sociais mais indeterminados ou mesmo ao público em geral (por exemplo, sindicatos, corporações, associações, partidos políticos, etc.).

Dá-se por meio da crítica pública, através dos meios de comunicação de massa, literatura especializada ou outros meios de informação. Destaca-se aqui a importância da publicidade dos processos e mesmo das opiniões divergentes quando a decisão é colegiada.

Pode se apresentar de maneira mais institucionalizada ou de maneira não institucionalizada.²⁷ Em relação à responsabilidade social mais institucionalizada, o autor italiano dá como exemplo o existente na URSS e em alguns países do leste europeu de bases socialistas. Nesses países, os juízes e assessores populares de cortes locais, que prestavam contas à população por meio de relatórios, podiam ser removidos

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 44-52.

²⁷ Cumpre mencionar que alguns autores, ao tratarem do controle social da Administração Pública, rejeitam que essas formas mais gerais e não institucionalizadas tenham natureza de controle. Odete Medauar, por exemplo, embora reconheça a finalidade reivindicatória, de manifestações aleatórias, genéricas, meros protestos, passeatas, invasão de bens públicos, etc., refuta que constituam mecanismos controladores da Administração. Para a autora, controle social é aquele que possui algum grau de institucionalização, como ocorre nos seguintes casos: art. 31, §3º, da Constituição; art. 49 e art. 48, parágrafo único, inciso II, ambos da LRF; art. 113, §1º, da lei 8.666/93; na Consulta Pública; Audiência Pública, etc. (MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 175-180). Cappelletti, em sua abordagem mais ampla sobre a responsabilidade social da magistratura, faz menção a formas menos institucionalizadas como pertencentes ao instituto.

por meio de decisão popular (em realidade, tratava-se de uma revogação antecipada dos mandatos dos juízes, eleitos com base em votações populares locais). Em relação às cortes superiores da URSS, a suposta responsabilidade social acabava se transformando em uma verdadeira responsabilidade política. Todavia, mesmo nesses países, segundo relata Cappelletti (com base em obras de autores da extinta URSS), a frequência da utilização efetiva desses instrumentos populares era bastante rara.

Também é mencionado como exemplo mais institucionalizado o que ocorre em alguns Estados dos EUA e somente em relação a juízes não federais. Trata-se do *recall*. É um procedimento popular pelo qual certo número de indivíduos pode, mediante petição, propor a remoção de um juiz. A questão é decidida por eleição popular com essa finalidade específica. Também seria possível a responsabilização popular pela simples não reeleição de juízes – nos casos, evidentemente, em que os cargos são preenchidos pelo sufrágio popular.

Quanto aos mecanismos menos institucionalizados, pode-se dizer que, de modo geral, é exercido basicamente mediante a exposição do juiz à crítica pública. Tal exposição pode ocorrer tanto em face de meios de comunicação de massa, como em face de literatura especializada.

Evidentemente, por não ser institucionalizada, tende a ter um impacto prático – para bem ou para mal – menor que outras formas de controle. Contudo, pode render bons frutos, desde que se desenvolva em um ambiente propício. Há alguns pressupostos, todavia, para que esse controle se torne um pouco mais efetivo, dentre os quais é possível mencionar: liberdade de expressão, liberdade de imprensa, publicidade do processo, publicidade das opiniões divergentes em decisões colegiadas (o que, segundo o autor, é deficiente na Itália), acesso à informação, corpo acadêmico qualificado, grau de consciência pública acerca da importância da função judicial e seu concreto funcionamento, cultura da valorização da motivação das decisões judiciais, etc.²⁸

Evidentemente, o desenvolvimento desse mecanismo de controle de maneira mais institucionalizada praticamente inexistente no Brasil.²⁹ Todavia, como destacado pelo próprio processualista, até mesmo nos poucos países em que o controle e a

²⁸ Para uma abordagem a respeito do princípio da publicidade em seus diversos aspectos, vide: MARRARA, Thiago. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação, in MARRARA (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 280-300.

²⁹ Não se afirma que eles inexistem apenas pela possibilidade de se vislumbrar alguma forma restritíssima de controle popular mais institucionalizado, como, por exemplo, o manejo de ação popular, fundada no princípio da moralidade, com o escopo de se impedir a nomeação de um magistrado pelo quinto constitucional por não preenchimento dos requisitos do “notável saber jurídico” e/ou “idoneidade moral”.

responsabilidade social do Poder Judiciário receberam maior institucionalização, não houve grande utilização prática. Ademais, como no Brasil não há previsão de eleição para ocupação de cargos da magistratura, a realização de um controle social mais incisivo por essa via igualmente se mostra prejudicada.

A despeito disso, a institucionalização de um controle social forte no Brasil não se apresenta como algo imprescindível para que se tenha uma magistratura cada vez mais responsável. Ao contrário, a estruturação de um controle social institucionalizado sobre a magistratura brasileira pode até se mostrar incompatível com o modelo de recrutamento e estruturação da carreira de nosso ordenamento – apresentado no item anterior – ou até mesmo incompatível com algumas das garantias básicas da magistratura. Não se apresenta, portanto, como uma forma desejável de controle que recaia sobre a magistratura.

Por outro lado, é bastante interessante o desenvolvimento cada vez mais de formas não institucionalizadas de responsabilização e controle social – compreendida naturalmente apenas como a ampla divulgação do teor dos julgados e submissão à crítica pública, mas não como formas estritamente jurídicas de controle popular. Isso, indubitavelmente, vem crescendo nos últimos anos no Brasil. Sem a intenção de aprofundar essa análise, é possível dizer que, dentre outros possíveis fatores de tal crescimento, tais como a maior conscientização da população em relação à importância do papel do Poder Judiciário e mesmo o próprio aumento da amplitude do controle exercido pelo Poder Judiciário, a maior divulgação do conteúdo das decisões judiciais, principalmente (mas não exclusivamente) das cortes superiores, tem colaborado bastante para tal ampliação.

Atualmente, há uma maior divulgação tanto em relação ao público em geral (maior propagação, na mídia, do teor dos julgamentos do Poder Judiciário,³⁰ canais de televisão na TV aberta responsáveis por divulgar as decisões e as demais questões que envolvam o Poder Judiciário, etc.), como para o público especializado (ampliação e melhor sistematização da divulgação dos informativos dos julgados dos tribunais superiores, ampliação das mídias especializadas em divulgar e analisar o teor das decisões judiciais, etc.).

Sem prejuízo dessa evolução que o Brasil vem experimentando, a ampliação dessas formas não institucionalizadas de controle sempre são bem vindas.

³⁰ Bastante significativo, nesse sentido, a repercussão midiática do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Penal n.º 470/MG de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

iii) Responsabilidade jurídica (civil) do Estado³¹

Quanto à responsabilidade civil, ela está baseada na noção de violação de direitos – são comportamentos mais do que reprováveis somente no plano político ou social.

Conforme ressalta Cappelletti, a responsabilização civil do Estado pelos atos oriundos da magistratura pode ser exclusiva ou concorrente com a responsabilidade pessoal do magistrado.

Alguns países passaram a adotar um sistema de responsabilidade exclusiva do Estado pelos prejuízos injustos sofridos pelos cidadãos decorrentes de atos realizados pelo juiz no exercício de suas funções. Essa “exclusividade” da responsabilidade se refere apenas à possibilidade de a vítima – seja parte do processo, seja terceira pessoa – ajuizar a ação de reparação somente em face do Estado, mas não diretamente contra o magistrado (nem mesmo como corréu do Estado). Ela tem a função de blindar o magistrado de ações por parte de litigantes insatisfeitos ou maliciosos com a finalidade de intimidá-lo ou perturbá-lo. A eventual possibilidade de o Estado ingressar com a ação regressiva não afastaria, portanto, essa característica da exclusividade, pois ela se refere à ação principal.

Por isso, aponta o autor italiano que esse modelo de responsabilidade busca o estabelecimento de um “efeito escudo” aos magistrados no intuito de resguardar a independência judicial. Cita, como exemplo de países que adotavam essa sistemática (à época da publicação de sua obra) a Alemanha, a França, a Polônia, a União Soviética, a Tchecoslováquia, Iugoslávia (essas três últimas, como se sabe, foram objeto de cisão).

É a sistemática adotada pelo Brasil no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, ao menos para o regime geral da responsabilidade do Estado – cuja aplicação aos atos dos magistrados é objeto de polêmica doutrinária, conforme será analisado nos capítulos a seguir.

Também é possível a responsabilidade do Estado ser concorrente com a pessoal do juiz. Nesse caso, ressalta Cappelletti que a adoção desse sistema teria o inconveniente efeito de desprestigiar a independência da magistratura – excluindo o chamado “efeito escudo” apontado anteriormente. Além disso, limita a responsabilidade civil estatal para somente aquelas hipóteses em que o magistrado poderia ser

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 52-57.

pessoalmente responsabilizado. Como se sabe, na responsabilidade extracontratual do Estado, há hipóteses em que ele pode ser responsabilizado sem a atribuição da conduta a agentes determinados.

iv) Responsabilidade jurídica (pessoal) do juiz³²

Trata-se das hipóteses de responsabilidade jurídica pessoal do magistrado. Podem ser, segundo o processualista, de três esferas: a penal, a disciplinar e a civil (essa podendo se relacionar com a responsabilidade do Estado abordada no item anterior).

Em relação à penal, faz o autor algumas observações. Primeiramente, a preocupação de restringir a responsabilidade civil e disciplinar dos magistrados com o escopo de proteger sua imparcialidade e independência, não aparece da mesma maneira na esfera penal. Os tipos penais geralmente envolvem condutas de tal gravidade, dada a última *ratio* do direito penal (como casos de corrupção, abuso doloso do ofício judiciário, etc.), que se tornaria impertinente discutir eventual imunidade com base na independência dos magistrados – Cappelletti inclusive relata um julgado em que a Suprema Corte dos Estados Unidos afastou a regra geral imunidade em caso de incriminação de um magistrado que intencionalmente havia privado um cidadão de seus direitos constitucionais.

Além disso, o próprio processo penal é mais cercado de garantias, o que diminuiria sensivelmente o risco de eventuais violações à independência do magistrado. O doutrinador italiano ainda relata existirem países que preveem regras especiais de procedimento quando é imputado um crime a determinado magistrado relacionado ao exercício de suas funções.

No direito penal, é comum a classificação dos crimes cometidos por agentes públicos – ou “funcionários públicos”, conforme conceituado no artigo 327 do Código Penal – em crimes funcionais próprios ou puros e crimes funcionais impróprios ou impuros. Nos primeiros, faltando a qualidade de servidor do agente, o fato passa a ser tratado como um indiferente penal, não se ajustando a outro tipo incriminador (atipicidade absoluta), enquanto nos segundos, estando ausente essa qualidade, o fato deixa de configurar crime funcional, desclassificando-se, porém passa ao rol dos delitos comuns (atipicidade relativa).

³² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 58-78.

Os magistrados, evidentemente, podem cometer tanto os crimes funcionais puros (por exemplo, o crime de prevaricação do art. 319 do CP) como os impuros (por exemplo, o peculato do *caput* do art. 312 do CP que, não tendo o agente a posse em razão do cargo, poderia configurar apropriação indébita). Além disso, também é possível existirem tipos penais específicos ligados exclusivamente à função da magistratura, os quais somente o magistrado – não bastando a característica de ocupar uma função pública geral – poderia cometer no exercício de suas atribuições. Cappelletti denomina de crimes “típicos somente da função judiciária”.

Cita, como exemplo, as figuras da denegação de justiça, previsto em alguns países, bem como o abuso doloso do ofício judiciário. No direito brasileiro, há um exemplo de crime típico da função judiciária previsto na Lei 4.898/65 (“Lei de Abuso de Autoridade”). Trata-se do artigo 4º, alínea “d”, que qualifica como crime de abuso de autoridade a conduta de o juiz deixar de ordenar o relaxamento da prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada.

Relata ainda que, independentemente de previsões específicas de crimes típicos da função de magistrado ou dos crimes “comuns”, em todos os países sobre os quais obtivera informações, os casos de responsabilização penal de magistrados eram raríssimos – citando para ilustrar tal afirmação o fato de que, na Alemanha, somente após mais de meio século da tipificação da conduta de abuso da função judiciária, houve o primeiro caso de aplicação prática do dispositivo.

Em relação à responsabilidade civil do magistrado, essa se correlaciona, evidentemente, com a do Estado mencionada no item “iii” supra. Nos casos de responsabilização estatal exclusiva, a responsabilidade do magistrado é completamente absorvida por ela, podendo eventualmente ser cogitada na via regressiva nos casos cabíveis (desde que os requisitos sejam verificados e o ordenamento não preveja a imunidade do magistrado). Trata-se do já mencionado “efeito escudo” contra ações vexatórias em face dos magistrados.

Já no caso em que o ordenamento admita a possibilidade de responsabilização direta do magistrado – exclusiva ou em concorrência com a do Estado – as benesses desse efeito seriam perdidas, embora, no ponto de vista do cidadão lesado, poderia ele optar pela maneira que entender mais eficaz para resguardar seus direitos (sobretudo se poder ajuizar a ação em face de ambos).

Cappelletti aponta que a questão central da responsabilidade civil do magistrado constitui efetivamente um problema de restrições, pautado pelo conflito, de um lado,

dos valores do princípio democrático da responsabilidade dos funcionários e dos subordinados do Estado e, de outro, da independência dos juízes. Orbitando tal problemática, aponta que o enfrentamento do tema da responsabilidade civil dos magistrados deve passar pelos seguintes questionamentos: deve o juiz responder também por erros de fato e/ou de direito, por negligência grave e/ou somente por violações intencionais de deveres de ofício? Deve sua responsabilidade ser objeto de juízo por parte de cortes ordinárias? Devem ser seguidos procedimentos normais?

Quanto a esse ponto, relata a possibilidade de existirem, nessa seara da responsabilidade dos magistrados, limitações nos planos dos direitos substanciais – como, por exemplo, a limitação da responsabilidade exclusivamente ao caso de dolo, fraude ou concussão – como a existência de obstáculos de ordem procedimental de difícil superação – como a autorização de órgãos superiores para a instauração da ação de responsabilidade, submissão do litígio a cortes especiais de difícil acesso, dentre outras eventuais limitações.

Além disso, constata que, de acordo com os dados empíricos a que teve acesso, ainda que tais imunidades não existam no plano formal de alguns países, existiria uma imunidade “de fato” dos magistrados às ações cíveis de responsabilidade patrimonial, que levariam praticamente a uma irresponsabilidade.

Finalmente, conclui o autor que a responsabilização civil do magistrado tanto em países da *Common Law* como da *Civil Law* acabaram, na prática, ocupando um lugar bastante marginalizado. Identifica ainda uma tendência nos países de ambas as famílias jurídicas de se prestigiar a responsabilidade do Estado – com eventual direito de regresso total ou parcial contra os juízes – como forma de equilibrar os valores da independência e da responsabilidade.

Enfim, a terceira subespécie de responsabilidade jurídica do juiz apontada é a disciplinar. Enquanto a responsabilidade civil apresenta fortes bases privatísticas, a disciplinar se pauta em um núcleo de essência publicística. Possui como finalidade primária assegurar que os juízes, que ocupam uma função pública (ainda que essa seja de um tipo especial), cumpram seus deveres de ofício por meio de sanções. Todavia, assim como na responsabilidade civil, convivem as sanções disciplinares com o desafio, por um lado, de se preservar a independência e, de outro, auxiliar a atividade de controle e a responsabilidade dos magistrados.

Tais sanções podem variar conforme cada ordenamento, podendo incluir, dentre outras, as seguintes modalidades: censura, perda da antiguidade, perda da remuneração, transferência, aposentadoria forçada, remoção, etc.

No ordenamento brasileiro, há alguns dispositivos constitucionais, legais e infralegais que regulamentam algumas espécies de sanções disciplinares. Dentre outros, é possível destacar os seguintes: artigo 93, inciso VIII,³³ e artigo 103-B, §4º, inciso III,³⁴ ambos da Constituição; artigos 56 e 57 da LOMAN;³⁵ sanções elencadas nos incisos do *caput* do artigo 3º da Resolução 135/2011 do CNJ,³⁶ que são regulamentadas nos demais dispositivos dessa polêmica resolução;³⁷ etc.

³³ “o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa”.

³⁴ “§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...) III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;”.

³⁵ “Art. 56 - O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado: I - manifestadamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo; II - de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decore de suas funções; III - de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.”

“Art. 57 - O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a disponibilidade de magistrado, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, no caso em que a gravidade das faltas a que se reporta o artigo anterior não justifique a decretação da aposentadoria. § 1º - O magistrado, posto em disponibilidade por determinação do Conselho, somente poderá pleitear o seu aproveitamento, decorridos dois anos do afastamento. § 2º - O pedido, devidamente instruído e justificado, acompanhado de parecer do Tribunal competente, ou de seu órgão especial, será apreciado pelo Conselho Nacional da Magistratura após parecer do Procurador-Geral da República. Deferido o pedido, o aproveitamento far-se-á a critério do Tribunal ou seu órgão especial. § 3º - Na Hipótese deste artigo, o tempo de disponibilidade não será computado, senão para efeito de aposentadoria. § 4º - O aproveitamento de magistrado, posto em disponibilidade nos termos do item IV do art. 42 e do item II do art. 45, observará as normas dos parágrafos deste artigo.”

³⁶ “Art. 3º São penas disciplinares aplicáveis aos magistrados da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral, da Justiça Militar, da Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios:

- I - advertência;
- II - censura;
- III- remoção compulsória;
- IV - disponibilidade;
- V - aposentadoria compulsória;
- VI – demissão.

(...)”

³⁷ Referida resolução tinha por objetivo uniformizar as normas sobre os procedimentos administrativos disciplinares aplicáveis aos magistrados. A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando uma série de dispositivos dessa Resolução. Trata-se da ADI 4.638/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello.

Ao concluir o julgamento, em 08.02.2012, do referendo da medida cautelar julgada pelo relator, o plenário do STF deferiu parcialmente a liminar para suspender a aplicação dos seguintes dispositivos da Resolução: art. 3º, §1º e art. 15, §1º. Por conta disso, perdeu a eficácia a previsão de que as penas do

Aponta Cappelletti que, a depender do órgão que exerce o controle disciplinar da magistratura, pode haver vantagens e desvantagens. Quando o controle disciplinar é deixado nas mãos de órgãos externos ao Poder Judiciário (notadamente, o Poder Executivo e Legislativo), há o risco de aproximar o controle disciplinar do controle político e, conseqüentemente, retirar parte de sua carga jurídica. Já se o disciplinar for exercido por órgãos internos da magistratura, embora se possa afastar mais efetivamente o esse caráter político, há o risco de se incorrer em um perigoso isolamento da magistratura, transformando-a em um corpo hermético, isolado dos demais poderes do Estado – prejudicando a lógica dos *checks and balances* da separação de poderes – e mesmo da própria sociedade.

Diante dessas vantagens e desvantagens, destaca que a solução mais frequentemente adotada é a inclusão de membros “laicos” nos órgãos investidos do poder disciplinar. Tais soluções foram adotadas, por exemplo, pelos Conselhos Superiores da Magistratura da França, da Itália e da Espanha, bem como pela Califórnia *Judicial Commission* e por uma comissão canadense de natureza semelhante à comissão californiana.

Ao instituir o Conselho Nacional de Justiça após a reforma do judiciário instituída pela EC 45/2004 – órgão do Poder Judiciário responsável pelo controle da

artigo 6º, §1º, da Lei de Abuso de Autoridade seriam aplicadas aos magistrados no que fossem compatíveis com a LOMAN (sob o argumento de que a própria LOMAN já havia previsto taxativamente as sanções administrativas cíveis a serem aplicáveis aos magistrados), bem como a previsão de que seria possível o afastamento cautelar do magistrado mesmo antes da instauração do processo administrativo disciplinar.

Também foi dada interpretação conforme a Constituição quanto aos art. 8º e 9º, §§ 2º e 3º (para resguardar a liberdade de cada Tribunal para estabelecer o respectivo órgão competente para apuração de questões disciplinares), art. 10 (estendendo o direito de recurso a todos os interessados e não apenas ao autor da representação) e art. 21, parágrafo único (determinando que a votação de cada sugestão de pena a ser aplicada ao magistrado, quando houver divergência do tribunal em relação a ela, deverá ser realizada separadamente para que seja aplicada somente aquela que alcançar quórum de maioria absoluta na deliberação).

Todavia, do ponto de vista quantitativo, a maioria dos pedidos formulados foi rejeitada (mantendo a eficácia dos seguintes dispositivos: art. 2º; art. 3º, inc. V; art. 4º; art. 20; art. 12; art. 14, §§ 3º, 7º, 8º, e 9º; art. 17, *caput* e inc. IV e V; art. 20, §3º). Dentre esses dispositivos que tiveram a eficácia mantida (ao menos até o julgamento definitivo da ADI), destacam-se a previsão da sanção disciplinar de aposentadoria compulsória e a determinação de que o magistrado negligente estará sujeito à pena de advertência, censura ou pena mais grave, se a infração justificar; publicidade dos julgamentos dos processos administrativos disciplinares. Dá-se destaque especial ao artigo 12, que garantiu a competência concorrente do CNJ (conjuntamente com a dos Tribunais a que os magistrados estejam vinculados) para os processos administrativos disciplinares e para a aplicação das sanções. Primeiramente, o relator havia suspenso a eficácia do dispositivo, mas no julgamento em comento (por 6 votos a 5) ela foi restituída (garantindo sua eficácia ao menos até o julgamento definitivo). Assim, foi um marco importantíssimo para a consolidação da competência para apurações e estabelecimento de sanções disciplinares do CNJ. Alguns autores, como Alexandre de Moraes, já defendiam igualmente a constitucionalidade desse dispositivo (MORAES, Alexandre de. Análise da constitucionalidade da Resolução n.º 135 do Conselho Nacional de Justiça, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, jan./abr. 2012, p. 273-286).

atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, ainda que de modo concorrente com as corregedorias dos Tribunais – o Brasil aparentemente adotou tal solução intermediária. Basta analisar a composição do Conselho e a forma de nomeação dos seus membros – conforme o *caput* e §2º do art. 103-B, da Constituição.

Além de ser composto por nove magistrados oriundos de diversos tribunais, há na sua composição dois membros oriundos do Ministério Público – da União e Estaduais – dois membros oriundos da advocacia – indicados pelo Conselho Federal da OAB – e dois membros designados dentre “cidadãos comuns” – indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal. Além disso, com exceção do presidente do Supremo Tribunal Federal (que presidirá o CNJ), os demais membros são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pela maioria absoluta do Senado Federal, após as respectivas indicações na forma dos incisos do *caput* do art. 103-B da Constituição Federal.

Assim, embora o CNJ seja órgão interno do Judiciário, 6 dos 15 membros são externos a esse poder, além de haver a participação de órgãos políticos no processo de nomeação. Ademais, a própria diversidade de origem dos membros do Poder Judiciário e a participação de órgãos políticos no processo de nomeação desses membros podem colaborar com o menor isolamento e atuação mais efetiva do órgão.

De fato, nesse período em que o CNJ foi instituído, parece ser bastante difundida a opinião de que o controle disciplinar da magistratura e dos demais servidores do Poder Judiciário experimentou um significativo avanço. Todavia, sempre é necessário cautela para que qualquer controle não malfira a independência dos magistrados, bem como não adentre na liberdade de decidirem (motivadamente) os litígios, de acordo com suas convicções. Em outras palavras, não podem os órgãos de controle disciplinar realizarem um controle de conteúdo jurisdicional da atuação dos magistrados.³⁸

Por fim, cumpre registrar a crítica do autor italiano no sentido de que o maior rigor do controle disciplinar implicaria automaticamente em uma maior eficiência do Poder Judiciário. É fato que o controle disciplinar bem exercido pode auxiliar significativamente na melhoria da prestação dos serviços judiciário. Contudo, ele é parte

³⁸ Nesse sentido, sem adentrar no mérito da discussão a respeito dos protestos das Certidões de Dívida Ativa, parece que o CNJ extrapolou suas atribuições, por exemplo, ao determinar, na 102ª sessão plenária, realizada em 06.04.2010, que os tribunais estaduais editassem atos normativos para regulamentar o protesto das CDA's, sendo que, naquele momento (antes da edição da Lei 12.767/2012), a possibilidade da realização desses protestos gerava controvérsias em âmbito judicial.

de uma série de políticas e demais fatores que pode contribuir para o aumento da qualidade desses serviços. Ademais, o fato de o controle ser mais rigoroso não significa que ele seja necessariamente tenha maior qualidade. Deve ele ser exercido de maneira eficiente, precisa e dentro de seus limites constitucionais e legais.

1.3. Modelos de responsabilidade da magistratura

A partir dessas espécies de responsabilização da magistratura, Mauro Cappelletti propõe três modelos de responsabilidade judicial.³⁹ Evidentemente, como alerta o próprio autor, não tentou criar três modelos os quais os sistemas jurídicos encontrassem perfeita correspondência, mas apenas formular modelos ideais como instrumentos para compreensão dos sistemas jurídicos de cada país e verificação da maior proximidade ou maior distanciamento em relação a outros sistemas.

O primeiro deles é denominado de “modelo repressivo” ou “da sujeição”. É caracterizado pelo traço de forte dependência ou sujeição do Poder Judiciário e/ou do juiz singular aos órgãos de controle.

É um modelo mais característico dos países em que o “dever de prestar contas” dá-se predominantemente perante os órgãos políticos ou órgãos externos ao Poder Judiciário. Todavia, não necessariamente isso quer dizer que esse modelo é desenvolvido nos sistemas em que haja um predomínio da espécie de responsabilidade política dos juízes.

Embora seja verdade que a responsabilidade política represente um potencial caráter opressivo em decorrência da possibilidade de repressão pelos órgãos políticos, conforme já apontado no item anterior, muitas vezes ocorre que esse instrumento de responsabilidade permanecer em um estado de letargia. Isso por ele ser raramente utilizado, por ser utilizado de maneira quase jurídica (com garantias quase judiciárias) ou mesmo por o procedimento desse controle político se revestir de amarrar tão pesadas a ponto de tornar praticamente inviável o abuso em seu exercício – como o caso do *impeachment* nos países da *Common Law* ou o *Richteranklage* na Alemanha.

Assim, é perfeitamente possível o desenvolvimento de modelos repressivos em países cujo ordenamento prestigie o controle (jurídico) disciplinar dos magistrados, atribuindo tal controle a órgãos políticos, não dependendo da existência de fortes e efetivos mecanismos puramente políticos de responsabilidade.

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 79-93.

Ressalta ainda Cappelletti que o caráter repressivo do modelo de controle, embora historicamente tenha se manifestado principalmente em ordenamentos que tenha dado forte papel controlador a órgãos políticos (seja pela responsabilidade política, seja pela responsabilidade jurídica disciplinar do magistrado), é possível a existência, ao menos em tese, de modelos repressivos com base em sistemas, não muito equilibrados em termos de limites e controles, os quais se confere forte destaque às formas de responsabilidade judicial.

Seria o caso de um sistema (embora careçam exemplos históricos) que dê forte destaque à responsabilidade civil dos magistrados, e esse mecanismo acabe sendo bastante provocado, de maneira temerária, por grupos privados – como grupos de forte poder econômico ou políticos, ou mesmo associações sindicais de considerável força política. Nesse sentido, apresenta como exemplo a situação de uma associação sindical, descontente com o teor de uma decisão de determinado juiz que (de boa-fé) interpretou a lei de maneira mais favorável ao empregador, ingressar com inúmeras ações de responsabilização civil diretamente contra esse magistrado com o escopo de persegui-lo por tal decisão. Também serve como exemplo a situação inversa, em que um grupo de empresas ajuíze ações de responsabilidade civil direta, para perseguir um magistrado que decidiu em favor de empregados.

Até mesmo um ordenamento que consagre um forte e desequilibrado sistema de responsabilidade social da magistratura poderia se apresentar como repressivo, sujeitando-a ilimitadamente ao conteúdo popular do teor da decisão tomada.

Já o segundo modelo, denominado “autônomo-corporativo” ou “do isolamento”, representa o outro extremo em relação ao anterior. Pauta-se veementemente na questão da independência.

É baseado no prestígio exacerbado ao princípio da independência do Poder Judiciário, bem como na independência dos magistrados em relação ao controle externo e mesmo em relação ao próprio Poder Judiciário. Nesse modelo, há terreno fértil para o desenvolvimento de um forte corporativismo judicial.

Conforme o processualista, esse fenômeno do distanciamento é recorrente na história da magistratura e teve, possivelmente, seu pior momento no Antigo Regime da França pré-revolucionária, em que os magistrados das cortes superiores, centrais e provinciais, exerciam seus ofícios de maneira tão alheia às exigências populares a ponto de se tornarem um dos alvos mais odiados da explosão popular revolucionária.

Relata que o contexto italiano – referia-se, evidentemente, ao final da década de 80, quando da edição da obra e na conjuntura em que fora aprovada a lei 117/1988, mediante *referendum* popular – era de tamanha independência do Poder Judiciário e dos próprios magistrados que levou a uma quase “anarquia individual” dos juízes – funcionando esses como uma espécie mônada. Dentre outros motivos, tal isolamento se deu por conta do total abandono dos mecanismos de controle dos demais poderes, pela ampla maioria de magistrados nos órgão de controle disciplinar, “ausência escandalosa” de formas sérias de preparação como base à admissão na magistratura, abandono no próprio Judiciário de mecanismos internos de controle, elevação da antiguidade como único critério efetivo de promoção dos magistrados e pelo correlato abandono de critérios de mérito, etc.

Embora reconheça que esse modelo seja menos perigoso às liberdades fundamentais do cidadão, aponta o processualista que ele pode ser igualmente danoso à sociedade, que exige uma justiça razoavelmente ordenada e eficiente.

Finalmente, identifica uma tendência evolutiva da sociedade moderna em caminhar para um terceiro modelo, mais equilibrado, que vise buscar os benefícios dos dois anteriores e contornar seus respectivos problemas. Denomina-o de “modelo em função dos consumidores” ou “da responsabilização social”.

Há, inclusive, alguns autores que utilizam expressamente a noção de “jurisdicionado-consumidor” ao tratar dos problemas do Judiciário. Em artigo específico sobre a questão da prestação jurisdicional eficiente e célere, Alexandre de Moraes adota como pressuposto a condição do jurisdicionado de “consumidor destinatário da prestação jurisdicional”. Afirma ainda que, enquanto serviço essencial à população, a prestação jurisdicional deve compatibilizar o binômio independência da magistratura e eficiência na distribuição de justiça – noção típica desse terceiro modelo apresentado por Cappelletti.⁴⁰

Ainda que a comparação da situação do jurisdicionado à de um consumidor⁴¹ possa ser questionável, é inegável atualmente que ele tenha direito a um serviço judiciário eficiente, de qualidade e célere.

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. Consumidor e direito à prestação jurisdicional eficiente e célere, *Revista Mestrado em Direito, Direitos Humanos Fundamentais*, a. 7, n. 2, jul./dez. 2007, p. 45-57.

⁴¹ Evidentemente, nem todos aqueles que adotam tal comparação o fazem em um sentido mais literal. Caso contrário, estar-se-ia a sustentar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação cidadão-jurisdicionado – Estado-Juiz. Todavia, há até mesmo aqueles que levantam a dúvida a respeito da aplicabilidade do CDC nessa relação. Vide nesse sentido: NALINI, José Renato. Jurisdicionado é consumidor? *[on line]*, 30 de dezembro de 2011. Disponível em

Conforme descrição do próprio autor italiano:

“Trata-se, obviamente, de um modelo que procura combinar razoável medida de responsabilidade política e social com razoável medida de responsabilidade jurídica, em todos os seus subtipos principais – penal, civil e disciplinar –, evitando, de um lado, subordinar os juízes aos poderes políticos, aos partidos políticos e a outras organizações sociais e também a ações vexatórias de litigantes irritados, iludindo, porém, de outro lado, o isolamento corporativo da magistratura e igualmente a anarquia incontrolada e irresponsável dos membros individuais do judiciário.”⁴²

Embora não haja formas predeterminadas de se estruturar um sistema próximo desse modelo, pode-se dizer que, para ele ser viabilizado, é necessário a busca pelo equilíbrio dos valores da independência e da responsabilidade. Todavia, não basta haver previsões no ordenamento jurídico de mecanismos que garantam tanto a independência como razoáveis formas de responsabilidade da magistratura para que um sistema possa ser efetivamente comparado a esse modelo. Devem ser elas efetivas, havendo, no plano prático, um equilíbrio entre esses valores.⁴³ Assim, ao que se percebe da obra em comento, esse terceiro modelo proposto não se apresenta como mera opção política a ser adotada por cada ordenamento, mas sim um modelo ideal a ser buscado nos planos teórico, institucional e prático.

1.4. A responsabilidade civil do Estado e dos magistrados: breves considerações

Após a breve análise da responsabilidade (em conceitos mais amplos) e controle da magistratura, pertinente se mostra a realização de algumas abordagens mais gerais do tema específico da responsabilidade civil do Estado e do magistrado nessa seara.

Mais especificamente em relação a esse item, com o escopo de auxiliar nas conclusões finais do capítulo, serão abordadas, de forma bastante sucinta, três questões (baseadas, respectivamente, nos estudos de três autores específicos): as etapas de evolução da responsabilidade do Estado pela atividade judicial, o papel que essa responsabilidade pode assumir e os fundamentos que dão suporte a ela.

<http://renatonalini.wordpress.com/2011/12/30/jurisdicionado-e-consumidor/>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

⁴² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 89-90.

⁴³ Percebe-se, alias, na obra de Cappelletti – conforme se pôde observar dos pontos aqui mencionados – uma preocupação ao se propor as modalidades de responsabilidade judicial, bem como propor os modelos mencionados, em se analisar não apenas as previsões normativas dos países estudados, mas também os resultados empíricos de cada sistema.

i) Etapas

O administrativista argentino Javier Indalecio Barraza,⁴⁴ tomando por base a evolução do Direito francês,⁴⁵ relata cinco etapas da evolução histórica específica do instituto da responsabilidade do Estado aplicável à atividade judicial: a) negação da responsabilidade; b) responsabilidade pessoal do magistrado; c) reparação moral, reconhecida a responsabilidade do Estado por erro judicial, mas apenas de cunho moral; d) reconhecimento da responsabilidade do Estado, restrito, todavia, a questões penais; e e) reconhecimento pleno, ampliado para as outras esferas.

Nessa primeira etapa de negação da responsabilidade, semelhante aos primórdios da própria evolução do tema geral da responsabilidade civil estatal, não se cogitava a responsabilização do Estado.

Na segunda, desenvolveu-se em 1521 o instituto do *prise à partie* – fruto inicialmente de criação jurisprudencial e regulamentado, posteriormente, pelas ordenações de Luis XIV de 1667 – que era um procedimento voltado à responsabilização pessoal do juiz por danos cometidos no exercício da função, admitido quando houvesse dolo, fraude, concussão ou erro manifesto.

A etapa seguinte, da reparação moral, foi marcada pela admissão de que o próprio Estado poderia, em âmbito judicial, cometer erros e causar danos aos cidadãos. Todavia, não era concedida reparação econômica por esses, mas apenas fazia uma publicação na imprensa dando publicidade ao fato de que determinado indivíduo (vivo ou morto, sendo que, nesse último caso, fazia uma publicação em memória do indivíduo visando amenizar o sofrimento dos familiares) fora erroneamente condenado. Referido período se deu no contexto pré-revolucionário francês, quando foi publicada uma ordenação determinando essa forma de reparação moral.

Já na quarta etapa, passou a se admitir a indenização àqueles que tivessem direito de obtê-las em decorrência de serem indevidamente confundidos com culpados ou em decorrência de serem condenados por tribunais por conta de indícios falsos. Tal reconhecimento veio após a edição de um decreto de Luis XVI, em 8 de maio de 1788, que, ressaltando a necessidade do Estado francês e seus tribunais resguardarem a

⁴⁴ BARRAZA, Javier Indalecio. *Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la actividad judicial*. Buenos Aires, Republica Argentina: El Derecho, 2006, p. 25-34.

⁴⁵ Segundo o autor argentino, é conveniente a utilização do sistema francês para o estudo da evolução histórica da responsabilidade por funcionamento anormal da atividade judicial, pois ele apresenta uma evolução lenta, porém inexorável desse tipo de responsabilidade, passando do período da total irresponsabilidade até o período que ele denominou de responsabilização plena.

segurança pública, assumia a possibilidade de ocorrerem erros. Na sequência da edição do decreto, houve a condenação do Estado francês a indenizar em 1.000 francos um indivíduo indevidamente condenado (*arret Busset*). Trata-se do reconhecimento da responsabilidade do Estado por erros judiciais penais – embora seja um campo mais restrito, teve papel importante para a transição ao quinto período. Ainda no âmbito desse período, houve alteração, em 11 de junho de 1895, do Código de Processo Criminal francês para admitir demandas de revisão e indenização às vítimas de erros judiciais – aponta ainda o autor uma divergência na doutrina francesa a respeito de qual precedente motivou a mencionada reforma legislativa (*arret Borrás* ou *arret Dreyfus*).

Finalmente, a quinta etapa apresentada pelo autor, a do “reconhecimento pleno”, é aquela marcada por uma gradual evolução legislativa e jurisprudencial, até se atingir o modelo previsto na lei 79-43 de 18 de janeiro de 1979. Nela se determinou o ajuizamento da ação do terceiro prejudicado diretamente contra o Estado que, por sua vez, nos casos de culpa de excepcional gravidade, poderia dirigir-se ao juiz por suas faltas pessoais.

Até chegar nessa sistemática, o Código de Processo Civil Francês passou por modificações em 1933 (lei de 7 de fevereiro), permitindo que se demandasse um magistrado nos casos de dolo, fraude, concussão ou culpa profissional grave. Além disso, substituiu a responsabilidade do Estado pela do juiz demandado pelas vítimas. Em 1956, houve um importante julgado da Corte de Cassação (*arret Giry*) que admitiu a responsabilidade do Estado por exercício de sua atividade judicial mesmo quando não existisse lei expressa específica autorizadora, pautando a decisão em uma noção de responsabilidade alicerçada por princípios gerais de direito público. Posteriormente, foi editada a lei 70-643, de 17 de julho de 1970, que determinava a indenização aos que fossem presos provisoriamente, mas apenas quando essa detenção houver causado prejuízo manifestamente anormal e de uma particular gravidade. Enfim, antes de se editar a mencionada lei de 1979 (que encerrou essa etapa), editou-se a lei 72-626, de 5 de julho de 1972, que estabeleceu a obrigação estatal de reparar o dano causado por funcionamento defeituoso dos serviços da justiça, que somente ocorreria por uma falta grave ou denegação de justiça (obrigação essa garantida pelo Estado às vítimas pelos atos dos juízes, salvo o recurso contra esses últimos).

É claro que a evolução do instituto nos diferentes países respeita as peculiaridades de cada ordenamento e as opções políticas específicas dos diferentes Estados, bem como ocorre em diferentes velocidades e com as respectivas

especificidades. Todavia, sem prejuízo disso, essa evolução histórica do direito francês relatada pelo autor (que a escolheu justamente por ela ser, em sua opinião, a mais representativa de uma lenta, porém consistente, progressão)⁴⁶ – associada a evolução de outros sistemas, como o brasileiro, conforme será observado ao longo deste trabalho – nos fornece substrato para a seguinte conclusão: assim como a responsabilidade do Estado genericamente considerada (em relação aos atos e omissões do Poder Executivo) sofreu, ao longo de sua evolução histórica, resistência de algumas ordens até se chegar a um modelo mais adequado ao cidadão, esse instituto aplicado aos atos e omissões do Poder Judiciário também pode estar em evolução, ainda que mais tardiamente.

Da mesma maneira que a responsabilidade do Estado por atos do Poder Executivo teve que gradualmente superar resistências de diversas ordens – legislativas, políticas, judiciárias, doutrinárias – é possível crer que a responsabilidade do Estado por atos e omissões judiciais esteja no mesmo caminho (conforme será abordado, algumas dessas resistências sequer existem mais, notadamente a doutrinária e a legislativa) para que se chegue a um reconhecimento mais amplo e estágios evolutivos mais avançados.⁴⁷

Nesse sentido, concorda-se com Yussef Said Cahali⁴⁸ para quem a responsabilidade do Estado por atos judiciais tende a evoluir ao apontar que ela constitui um último resquício da teoria da irresponsabilidade do Estado.

Quanto ao papel da doutrina na evolução do tema da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, Edmir Netto de Araujo já argumentava, em sua obra publicada em 1981, que:

“a doutrina pode influenciar decisivamente a formação do direito positivo, e mesmo até obrigar a modificação no ordenamento jurídico de um país, através da orientação que essa influência pode dar à jurisprudência. E melhor exemplo desse condicionamento não pode haver que o estudo da responsabilidade (em termos gerais) do Estado, gênero do qual esta monografia pode se considerar espécie.”⁴⁹

⁴⁶ BARRAZA, Javier Indalecio. *Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la actividad judicial*. Buenos Aires, Republica Argentina: El Derecho, 2006, p. 26.

⁴⁷ Por outro lado, também é importante destacar que simplesmente a maior amplitude de um instituto não representa necessariamente maior evolução ou que a aplicação seja mais acertada. Todavia, a difundida irresponsabilidade do Estado por atos judiciais – ou mesmo o seu reconhecimento de maneira restritíssima em relação a alguns atos – parece ser um entrave a ser superado.

⁴⁸ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p 486 e 509.

⁴⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 131.

Afirma ainda o publicista que, da mesma maneira que os tribunais oferecem resistência para aceitar a tese da responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais, essa relutância também já ocorrera em relação à tese do risco para o caso da responsabilidade geral do Estado. Conclui ainda que, chegado o momento em que irá prevalecer a tese da responsabilidade em face desses atos, a doutrina terá cumprido importante papel em relação a essa transição.⁵⁰

ii) O potencial pragmático da responsabilidade do Estado

Juan Montero Aroca,⁵¹ partindo de uma análise da responsabilidade civil pessoal do magistrado em alguns ordenamentos, faz uma interessante análise a respeito do papel da responsabilidade civil do Estado em relação às condutas do Poder Judiciário. Embora referido estudo seja um pouco antigo – obra publicada em 1988 – a análise feita pelo autor espanhol parece continuar bastante atual.

Primeiramente, identifica em alguns países sistemas de responsabilização pessoal dos magistrados. Divide os modelos de responsabilização civil dos magistrados em: a) sistemas em que prevalece a irresponsabilidade civil dos magistrados; b) sistemas com limitações materiais e processuais da responsabilidade civil; c) sistemas com apenas limitações materiais.

Limitações materiais seriam aquelas em que a responsabilidade civil dos magistrados teria um regime especial em relação à responsabilidade dos cidadãos comuns, de maneira a evitar que qualquer erro dos juízes dê lugar à indenização. Curioso observar que o autor denomina de limitação material as especificidades do regime de responsabilização civil dos magistrados, não em relação à responsabilidade dos demais servidores, mas em relação ao regime geral da responsabilidade aquiliana do direito civil – o que parece bastante natural em qualquer ordenamento jurídico, inclusive o nosso, dada a influência do direito público, inclusive no tocante a ação regressiva.

Já as limitações processuais seriam aquelas que impediriam o cidadão comum de se dirigir, na ação de reparação, diretamente ao magistrado. Naturalmente, tanto as limitações materiais como formais assumem feições bastante distintas em cada ordenamento.

⁵⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 132.

⁵¹ MONTERO AROCA, Juan. *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 21-59.

Identifica que nos países da *Common Law* – Inglaterra e Estados Unidos – prevalecia a noção de irresponsabilidade civil dos magistrados.

Na Inglaterra, desde o século XVII, a *immunity from civil liability* aplicava-se para os magistrados profissionais e superiores – não aos juízes inferiores – até mesmo quando agissem com dolo. Existe uma distinção da responsabilidade por atos *intra vires* (atos praticados dentro da competência do órgão jurisdicional), em que sempre haverá irresponsabilidade, dos atos *ultra vires* (praticados fora da competência do órgão), em que se pode cogitar a responsabilidade.⁵² Todavia, como os tribunais superiores possuem a faculdade de delimitar suas competências, essa responsabilidade por atos *ultra vires* acabava sendo mais teórica do que prática – restringindo elas aos juízes de paz ou inferiores.⁵³ Nessa restritíssima possibilidade de responsabilização civil, ela se limitaria ao magistrado, uma vez que a regra de que o Estado responderia pelos ilícitos civis dos servidores em geral exclui expressamente os servidores no exercício das funções jurisdicionais.

Os Estados Unidos, devido à influência britânica, adotou também o princípio da *immunity from civil liability* para os juízes. Reconheceu-se no caso *Bradley v. Fisher* de 1872 que um juiz de competência geral estava dotado de imunidade absoluta, independentemente da existência de dolo pelos atos judiciais e ainda que realizados com excesso de poder.⁵⁴ Tal imunidade foi se estendendo, conforme casos posteriores, aos demais juízes de competências específicas (juízes dos condados, juízes de paz, juízes dos menores). Contudo, fez uma distinção: a imunidade por excesso de poderes atingia apenas os atos com excesso de jurisdição (*excess of jurisdiction*), que seriam aqueles que, de maneira alguma, poderiam se referir à competência do juiz por matéria, mas não

⁵² Tal distinção também é apresentada por Barraza (BARRAZA, Javier Indalecio. *Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la actividad judicial*. Buenos Aires, Republica Argentina: El Derecho, 2006, p. 43).

⁵³ Ainda quanto aos magistrados de cortes inferiores, Barraza relata que houve um precedente do ano de 1974 (*Sirros v. Moore*) em que se entendeu pela irresponsabilidade desses mesmos quando estivessem atuando fora de sua jurisdição, mas desde que procedessem com boa-fé. Não haveria sentido em se distinguir a responsabilidade dos magistrados de cortes inferiores e superiores, devendo-se orientar pelo seguinte princípio: o juiz, inferior ou superior, mesmo estando errado, não seria responsabilizado, desde que crendo honestamente haver atuado dentro de sua jurisdição. Um julgado posterior (caso *MCC “minor”*) afastou, todavia, a generalização da responsabilidade por má-fé, afastando a aplicação dessa noção para os magistrados de cortes superiores (BARRAZA, Javier Indalecio. *Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la actividad judicial*. Buenos Aires, Republica Argentina: El Derecho, 2006, p. 44-45).

⁵⁴ Barraza aponta ainda outros dois julgados em que a doutrina da imunidade foi reiterada: *Pierson v. Ray* e *Mireles v. Waco*. Conforme o autor, a doutrina da imunidade foi construída toda em torno da ideia de independência da magistratura (BARRAZA, Javier Indalecio. *Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la actividad judicial*. Buenos Aires, Republica Argentina: El Derecho, 2006, p. 42-43).

aos atos com clara falta de jurisdição (*in clear absence of jurisdiction*). Todavia, observou-se que, mesmo com tal distinção, na prática nunca se reconhecia um caso de atuação do juiz com tal nível de excesso de jurisdição.

Em relação aos países que possuem limitações materiais e processuais, o publicista espanhol aponta a França, a Alemanha e a Itália. Aos que possuem limitações apenas materiais, aponta a Colômbia e a Espanha.⁵⁵

Após dar uma visão panorâmica sobre alguns poucos detalhes de cada um desses países, Juan Montero Aroca⁵⁶ conclui que estudar o tema da responsabilidade civil pessoal do magistrado dos diversos regimes jurídicos aprofundando minuciosamente nos detalhes é uma pesquisa de pouca ou nenhuma utilidade, haja vista o fato de que a essa nunca foi, em nenhum regime jurídico, um instrumento útil para a tutela dos direitos dos cidadãos que sofreram danos pelo exercício da jurisdição.

Mais sintomático ainda é o fato de que tal inutilidade compreende todos os regimes jurídicos abordados, uma vez que a jurisprudência que existe sobre o tema é mínima e a quase totalidade das sentenças levam à absolvição do magistrado. Isso decorre, segundo o autor, do óbvio: a responsabilidade civil do magistrado pode até estar na lei, mas não na prática. Aponta ainda que as razões de tal inutilidade não são propriamente jurídicas, mas sociopolíticas.

Após essas observações, o publicista ressalta que, diante dessa inutilidade prática do instituto da responsabilidade civil dos magistrados, há dois possíveis caminhos: a) o denominado de “justiça absoluta”, menos realista e mais atingível apenas em longo prazo, pela qual se buscaria efetivar a responsabilização pessoal do magistrado, tanto pelo questionamento, no plano teórico, das limitações materiais da responsabilidade do Estado, como pelo oferecimento de garantias às partes que demandem contra os juizes, no plano prático; e b) o chamado “justiça relativa”, mais realista e imediata, que busca, por meio da responsabilização direta do Estado, o atendimento do cidadão que teve seu direito violado no âmbito da atividade judicial.

Questionável, contudo, a afirmação de que, a longo prazo, a responsabilização pessoal e direta do magistrado seja o objetivo final para se chegar a “um grau mais elevado de justiça” dentro da temática objeto do estudo. Isso porque a efetivação da

⁵⁵ Como o objetivo aqui não é realizar um estudo do direito estrangeiro – tampouco um estudo de direito comparado – opta-se por não aprofundar nos detalhes de cada um desses países. Abordou-se, todavia, sucintamente investigações feitas pelo autor espanhol por conta das conclusões que ele chega a partir delas.

⁵⁶ MONTERO AROCA, Juan. *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 56-59.

responsabilidade pessoal do magistrado não está condicionada ao fato de ser ela exercida na via direta ou na via regressiva. Importante apenas que ela seja efetiva e apenas nos casos em que ela se mostrar pertinente, ainda que secundária em relação à responsabilidade do Estado.⁵⁷

Contudo, é indiscutível a pertinência da constatação de que a efetivação do instituto da responsabilidade do Estado envolvendo atos e omissões judiciais se mostra a saída mais adequada e mais palpável, do ponto de vista pragmático, para resguardar o direito daqueles que sofreram danos causados pelo Poder Judiciário.

iii) Fundamentos da responsabilidade do Estado pela atividade judicial

A respeito dos fundamentos da responsabilidade extracontratual do Estado pela atividade judicial, Javier Indalecio Barraza⁵⁸ sistematiza, de maneira sucinta, algumas teorias que a justificam e servem de fundamento a responsabilidade do Estado por funcionamento anormal da atividade jurisdicional. São elas:

a) Teoria da relação contratual: com bases no contratualismo rousseauiano, tal teoria compreende que cada indivíduo havia renunciado, em favor do Estado, ao direito de fazer justiça com as próprias mãos, restando a esse a obrigação de resguardar a liberdade, o patrimônio, a liberdade e demais direitos dos cidadãos. As críticas a tal teoria naturalmente são bastante semelhantes às críticas da própria noção do contratualismo.

b) Teoria da utilidade pública (ou da obrigação quase contratual): por essa, também de bases privadas, o cidadão teria direito a uma indenização porque o Estado, ao buscar para si próprio uma utilidade, causou um dano a ele. Tem fundamento no princípio básico *alterum non laedere*, que confere direito à reparação. Tal teoria é bastante criticada, naturalmente, pelo fato de que o Estado, ao causar dano ao jurisdicionado, não o faz (ao menos em princípio) com o escopo de buscar uma vantagem para si (ou mesmo para seus gestores). Ao contrário, o faz cumprindo uma função essencial de sua incumbência, que é exercida em prol de toda a coletividade.

⁵⁷ Alias, conforme se verá ao longo desse estudo, a responsabilidade pessoal do magistrado na via regressiva, pode trazer alguns benefícios sistêmicos no equilíbrio de valores que envolvem as discussões do presente tema.

⁵⁸ BARRAZA, Javier Indalecio. *Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la actividad judicial*. Buenos Aires, Republica Argentina: El Derecho, 2006, p. 17-23.

c) Teoria da culpa extracontratual (aquiliana): por tal teoria, a responsabilidade do Estado surge por um ato ilícito cometido pelo magistrado ao julgar erroneamente.⁵⁹ Tal teoria é criticada por não ser hábil a justificar os casos de responsabilidade do Estado em que o erro não pode ser justificado na culpa ou dolo do magistrado, além de pautar-se no requisito da culpa.

d) Teoria da obrigação moral: por essa, a obrigação de indenizar não é extraída do ordenamento jurídico, mas consiste em uma obrigação de ordem moral do Estado, concebido como uma pessoa ética. No caso da Administração de Justiça, o conteúdo moral da obrigação de indenizar estaria na injustiça da decisão. Tal teoria pode ser criticada, dentre outros aspectos, pela completa carência de conteúdo jurídico e por abranger apenas restritas hipóteses de responsabilidade.

e) Teoria do ato de graça (ou de equidade): por essa, a obrigação de indenizar do Estado não teria um fundamento moral, mas sim consistiria um ato de graça fundado na noção de equidade. Essa teoria pode ser criticada por supor que o dever de reparação seria um favor do Estado, o que seria incompatível com um Estado Democrático de Direito por consistir a reparação em um privilégio.

f) Teoria da obrigação de assistência social: com origem no direito italiano, ela busca explicar a responsabilidade do Estado pelo exercício da atividade judicial tomando por referência a solidariedade humana. Do mesmo modo que o Estado deveria intervir, por obrigação reconhecida por ele mesmo, para atenuar as consequências de desastres causados por guerras, tempestades, inundações, dentre outros acontecimentos, por mais razão deveria intervir a favor das vítimas dos erros judiciais. Para que a solidariedade e assistência social se traduzam em obrigação jurídica, devem estar fundadas em princípios jurídicos e não meramente morais. Tal teoria é criticada por imprecisão em seus limites e por igualmente carecer de conteúdo jurídico. Além disso, poderia ser utilizada para justificar outras situações em que o Estado interviria desnecessariamente para amenizar outros prejuízos suportados por indivíduos, como empresários que sofressem enormes prejuízos e falissem por desacertos econômicos e financeiros.⁶⁰

⁵⁹ Essa teoria relatada pelo autor argentino funda-se somente na noção de responsabilidade subjetiva, baseada exclusivamente em atos individualizados e identificados de servidores específicos.

⁶⁰ A concepção ligada a essa teoria (bem como a teoria da obrigação como reparação moral ou mesmo ato de graça) é criticada na Apelação Cível n.º 89.01.24610-4 do TJ/AP, d.j. 02.09.1991, que discutia o direito a indenização de uma vítima de erro judiciário. Interessante a menção do seguinte trecho do acórdão: “Longe de constituir um favor ou esmola, como faz crer essa doutrina, a outorga da reparação corresponde a um direito, que decorre do princípio da igualdade perante a lei, e que a vítima poderá exercer por meio de ação, junto aos tribunais de direito comum: A indenização lhe será concedida em pagamento de dívida cível e não obrigação moral, de dever de assistência”.

g) Teoria da reparação como restituição: parte do princípio geral de que ninguém pode ser privado do que é seu e que todo dano, prejuízo ou menoscabo antijurídico deve ser reparado e a posição da vítima restituída. Tal doutrina parte de uma perspectiva publicística e, nesse sentido, descarta a culpa ou dolo. Tem por referência mais o dano sofrido pela vítima do que propriamente o autor do dano. Nessa toada, pouco importa se a origem do dano é administrativa, legislativa ou judicial, ou mesmo se ela é proveniente de culpa ou dolo de agentes específicos.

Enfim, conclui o administrativista argentino que a razão que fundamenta a responsabilidade do Estado se encontra nos princípios que fluem do Estado de Direito. Do mesmo modo, a admissão dessa responsabilidade pela sua atividade judicial igualmente encontra fundamento nos princípios que alicerçam a própria essência do Estado de Direito.

De fato, a necessidade de se responsabilizar o Estado pelos seus atos e omissões judiciais parece ser uma decorrência lógica do Estado Democrático de Direito. Além disso, dentre as teorias elencadas acima, parece-nos que a teoria da reparação como restituição parece a mais afinada ao nosso ordenamento jurídico, com o sistema de responsabilidade adotado por nosso constituinte – com base, notadamente, no artigo 37, §6º, da Constituição Federal – e com os ditames do Estado de Direito.

Embora a menção a algumas dessas teorias elencadas pelo autor argentino pareça desnecessária, dado que são bastante impertinentes, é importante conhecê-las até mesmo para evitar o erro de aplicar o instituto da responsabilidade do Estado (até mesmo de maneira inconsciente) com base nelas. Deste modo, é preciso ter cautela ao se perquirir a obrigação de indenizar em decorrência do instituto da responsabilidade do Estado – seja por atos e omissões oriundas da atividade judiciária, seja por conta de qualquer outra atividade – de maneira a não aferi-la imaginando que ela decorra de um ato de graça estatal, de uma obrigação moral ou mesmo de uma obrigação de assistência social.⁶¹

A responsabilidade do Estado, ao contrário, verifica-se quando a ocorrência de um dano é imputada ao Estado, com base nos requisitos que devem ser

⁶¹ Nesse sentido, Marcelo Sampaio Siqueira afirma que: “[o] direito à reparação não é justificado apenas como um imperativo do dever de assistência social e de solidariedade social, não se constituindo uma esmola do Poder Público, causador do dano. Na verdade, a indenização corresponde a um direito, que decorre, além da previsão constitucional, do princípio da igualdade perante a lei, não sendo a indenização concedida como uma obrigação moral, mas como uma dívida civil capaz de ressarcir os danos materiais e morais” (SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Responsabilidade do Estado: erro judicial praticado em ação civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 203-205).

obrigatoriamente verificados no caso concreto (e, para tal, minuciosamente estruturados pela doutrina). E, justamente, é na análise aprofundada e cautelosa desses requisitos que o tema deve se pautar.

1.5. O papel da responsabilidade extracontratual do Estado por atos do Poder Judiciário no direito brasileiro

A análise da importância e da colocação do instituto da responsabilidade do Estado e do seu papel em face de atos e omissões oriundas da atividade judicial, embora essa apresente sensíveis peculiaridades em relação às demais funções públicas, não diverge do tema geral da responsabilidade do Estado quanto a um ponto. Sua essência e sua função primordial estão na reparação de danos indevidamente ocasionados ao cidadão quando esses puderem ser imputados ao Estado. Sem prejuízo disso, é perfeitamente defensável que esse instituto possua um papel, indireto e secundário, de controle (em sentido amplo) atuação do Estado e mesmo daqueles que exercem função pública.

Como consequência disso, quando se fala em responsabilidade civil do Estado em decorrência da atividade judicial, é possível a seguinte conclusão: embora tal instituto possa integrar um sistema geral de controle (em sentido amplo) de determinada atividade estatal – conforme, por exemplo, o modelo apresentado por Cappelletti – a compreensão e a aplicação do instituto da responsabilidade do Estado não pode estar estruturada sobre noções estritas de controle da Administração Pública, mas sim nas bases que estruturam a responsabilidade civil extracontratual – mais especificamente a responsabilidade extracontratual do Estado – notadamente nos seus requisitos.

Não obstante, é possível tecer algumas considerações a respeito do papel da responsabilidade do Estado no âmbito do controle amplo da atividade judicial, tomando por base o ordenamento brasileiro, com respaldo no que foi apresentado nos itens anteriores.

Primeiramente, não parece haver nenhuma incompatibilidade do modelo burocrático de recrutamento e organização da magistratura com a responsabilidade civil do Estado. Ao contrário, se esse modelo é caracterizado pelo fato de a forma de recrutamento e organização da carreira da magistratura ser, em boa parte, semelhante à forma dos demais servidores – além de haver uma adesão mais clara da organização judiciária à Administração Pública –, é possível concluir que ele apresenta um campo mais fértil para que se aplique aos atos e omissões judiciais a sistemática da

responsabilização extracontratual geral adotada pelo respectivo ordenamento jurídico (em nosso caso, a lógica da responsabilização direta do Estado, com possibilidade de regresso em relação ao agente público em casos específicos).

Além disso, relembra-se que, conforme visto, a doutrina da imunidade judicial dos magistrados foi mais desenvolvida em países da *Common Law* que adotam mais claramente o modelo profissional, como a Inglaterra ou os Estados Unidos. Assim, não parece que o fortalecimento da responsabilidade patrimonial do Estado – menos ainda a dos magistrados – seja necessariamente reflexo de alguma tentativa de aproximação do modelo profissional.

Em alguns países (normalmente da família da *Civil Law*), a responsabilidade civil do Estado e do magistrado (mesmo que pelo viés regressivo), ainda que não possua como finalidade direta a realização do controle estrito, pode reflexamente auxiliar o controle disciplinar.

No que tange à independência dos magistrados individualmente considerados – aspecto esse que será analisado em diversos momentos e sob diferentes ângulos ao longo do presente estudo, conforme o enfoque específico de cada capítulo – o instituto da responsabilidade direta do Estado, aparentemente, tem a vantagem de resguardar o magistrado contra ações temerárias e mesmo de se evitar que o magistrado seja responsabilizado patrimonialmente por falhas estruturais e impessoais do próprio aparelho judiciário – “efeito escudo” esse que não existiria em um modelo de responsabilização civil direta do magistrado.

Do ponto de vista pragmático, conforme as já mencionadas observações de Monteiro Aroca, tem o potencial de ser bem mais efetivo em resguardar a reparação aos cidadãos que tiveram direitos indevidamente violados e suportaram danos injustos. Ainda que a efetiva aplicabilidade prática desse instituto possa sofrer resistências, ela seguramente tende a se efetivar com mais facilidade do que a responsabilização direta dos magistrados.

Portanto, a responsabilidade civil direta do Estado, analisada sob uma perspectiva do controle amplo da atividade judiciária, pode apresentar as seguintes vantagens sistêmicas:

a) é compatível com o modelo burocrático de recrutamento e organização da carreira da magistratura;

- b) é mais coerente com o Estado Democrático de Direito e com o princípio da responsabilidade daqueles que exercem poder em nome do povo do que a imunidade absoluta do Estado e dos magistrados pelos atos judiciais;
- c) ameniza, potencialmente, os problemas de isolamento da magistratura e dos magistrados inerente ao modelo autônomo-corporativo;
- d) é melhor que a responsabilidade direta do magistrado no sentido de se evitar o modelo repressivo de responsabilidade judicial, vez que reduz os riscos de sujeição do magistrado a ações temerárias e perseguições de grupos econômicos ou políticos, resguardando a independência da magistratura e dos magistrados (gerando o chamado “efeito escudo”);
- e) equilibra, assim, de maneira mais harmônica o binômio dos valores da responsabilidade e independência para a estruturação de um sistema de responsabilização da magistratura mais próximo ao modelo sugerido por Cappelletti (modelo em função dos consumidores ou da responsabilização social);
- f) importante para complementar o controle disciplinar no ordenamento jurídico brasileiro – que evoluiu sensivelmente, conforme apontado, nos últimos anos – vez que nosso sistema, por bem, não prestigiou formas mais contundentes de controle político ou controle social institucionalizados da magistratura; e
- g) mais viável e realista, do ponto de vista prático, do que a responsabilidade direta dos magistrados e servidores do Judiciário para tutelar o direito dos cidadãos que sofreram danos em decorrência da atividade judicial.

Com a ciência a respeito dessas vantagens que o instituto pode apresentar, é importante se ter em mente o seguinte: ao se discutir o tema da responsabilidade do Estado por atos e omissões do Poder Judiciário, a essência das discussões e da compreensão do instituto está na reparação de danos. Assim, conforme o rol de teorias fundamentadoras da responsabilidade pela atividade judicial proposta por Barraza, deve-se prestigiar a abordagem do tema a partir das premissas da teoria da reparação como restituição.

Logo, embora no presente capítulo tenham sido abordadas questões relacionadas a mecanismos mais amplos de controle da atividade judicial, não se pode perder de vista o fato de que o fundamento da responsabilidade do Estado por condutas judiciais é, assim como qualquer outra modalidade de responsabilidade civil, a reparação do dano, imputado ao Estado-Juiz, indevidamente suportado por determinada pessoa. Trata-se de garantia fundamental posta à disposição do jurisdicionado e do cidadão em geral para

ter a devida reparação pelos danos patrimoniais e morais indevidamente por ele suportados.

Em decorrência disso, ainda que a responsabilidade do Estado (com a sucessiva e eventual ação regressiva) tenha o indireto e potencial efeito de aumentar a qualidade da prestação dos serviços jurisdicionais (efeito secundário que, aliás, é inerente a qualquer outra hipótese de responsabilidade extracontratual do Estado), não se pode esperar que esse instituto cumpra o papel políticas de aprimoramento dos serviços judiciários. Esse papel é cumprido, por exemplo, por políticas públicas de expansão da acessibilidade à Justiça; investimentos em melhorias da infraestrutura do Poder Judiciário; políticas de formação, aperfeiçoamento e atualização dos magistrados e servidores; planos de carreiras mais compatíveis com o modelo gerencial de Administração Pública; ampliação dos quadros de servidores e magistrados quando a demanda populacional e jurisdicional o exigirem; etc.

Tampouco se deve esperar que o instituto da responsabilidade extracontratual do Estado funcione como um mecanismo de controle, em sentido estrito, da atividade exercida pelos magistrados e demais servidores – papel esse que pode ser cumprido (de maneira mais legítima e eficiente) no Brasil pelo controle disciplinar do CNJ e das corregedorias internas de cada Tribunal.

Justamente em decorrência disso, tem-se que não basta verificar a atuação ilícita do Estado-Juiz (dispensada, aliás, nos casos de responsabilidade por atos lícitos) para se concluir por sua responsabilidade patrimonial em determinado caso concreto. É necessária a análise global e aprofundada de seus requisitos configuradores. Assim, não há que se falar em responsabilidade civil do Estado se não houver, por exemplo, a ocorrência de um dano a determinada pessoa – ainda que sua atuação do Poder Judiciário tenha sido ilícita.

Enfim, cabe observar que a necessidade de se pensar a responsabilidade do Estado por atos e omissões judiciais com o apego aos requisitos desse instituto, além de essencial para a sua correta compreensão, pode ser importante, inclusive, para se garantir a própria independência dos magistrados. Refletir sobre cada um desses requisitos com atenção voltada para as características das atividades judiciais (no caso específico desse trabalho, das omissões na prestação desse serviço) seguramente contribui para a estruturação de um modelo de responsabilidade voltado apto a impedir, por exemplo, que a má aplicação desse instituto ocasione indevidas ameaças à liberdade do magistrado de decidir motivadamente as questões que são a ele levadas.

Para tal, é importante a atenção não apenas às características gerais desses requisitos estruturantes da responsabilidade do Estado, mas também às peculiaridades assumidas por cada um desses requisitos quando se aborda o tema da responsabilidade do Estado pela atividade judiciária – no caso específico do presente estudo, pelas omissões judiciais e suas espécies.

2. TIPOLOGIA DOS ATOS DO PODER JUDICIÁRIO E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM RELAÇÃO A CADA ESPÉCIE

Ao se realizar uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o tema da responsabilidade do Estado por atos e omissões do Poder Judiciário, é possível constatar um fato curioso. De um lado, há uma enorme predominância, na doutrina, de autores que combatem a tese da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais (alguns defendendo de modo bastante amplo, outros com uma amplitude mais reduzida).⁶² De outro, todavia, é notório como a jurisprudência⁶³ tende a não acompanhar esse posicionamento majoritário na doutrina, pendendo, na maioria dos casos, pelo reconhecimento da responsabilidade do Estado somente em situações restritíssimas, com previsão constitucional ou legal específica, ou alguns atos que não se encontram no âmbito da atividade típica do Poder Judiciário.⁶⁴

Semelhante conclusão chegou André Dias Fernandes ao comentar o tratamento conferido pela doutrina e pela jurisprudência a respeito desse tema, argumentando que “a primeira tende a aceitá-la sem maiores restrições, ao passo que a segunda se tem

⁶² Há, inclusive, estudos bastante antigos a respeito do tema que já admitiam a responsabilidade do Estado por atos praticados em âmbito judicial. É o caso do clássico estudo de Alcino de Paula Salazar que já em 1941 admitia a responsabilidade do Estado por atos judiciais, inclusive atos de cunho jurisdicional (SALAZAR, Alcino de Paula. *Responsabilidade do poder público por atos judiciais*. Rio de Janeiro: Est. Gr. Canton & Reile, 1941). Afastava o autor o argumento da soberania e da coisa julgada como empecilhos para o reconhecimento da responsabilidade do Estado por atos tipicamente jurisdicionais, desde que esses não estivessem protegidos pela coisa julgada (p. 73-81).

⁶³ A despeito disso, é interessante notar que há na doutrina autores que exercem (ou já exerceram) os ofícios da magistratura (desde juízes de primeira instância até mesmo ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal) os quais se propuseram a escrever sobre o tema, admitindo a responsabilidade do Estado por atos e omissões judiciais – alguns com maior amplitude, outros com menor amplitude, mas de maneira geral, de um modo mais amplo do que se admite na jurisprudência. Dentre eles: a) VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado, *Revista de Informação Legislativa*, a. 24, n. 96, out./dez. 1987, p. 247-252; b) FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-Juiz: estado e juízes constitucionalmente responsáveis: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá Editora, 1995; c) FEDERIGHI, Wanderley José. O dano moral causado por ato jurisdicional, *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, a. 1, n. 3, maio/out. 1997, p. 53-66; d) SANTOS NETO, João Antunes dos. Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais e jurisdicionais, *BDA: Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 18, n. 1, jan. 2002, p. 23-29; e) LIMA NETO, Arnor. A responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrentes da função judiciária no Brasil, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 27, n. 47, jan./jun. 2002, p. 37-68; e f) FERNANDES, André Dias. Responsabilidade do Estado e do juiz por atos jurisdicionais na jurisprudência do STF, *Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo*, São Paulo, n. 8, 2º quin. abr. 2004, p. 308-301; etc.

⁶⁴ Em sua obra, Rosimeire Ventura Leite, após realizar uma análise de um apanhado de julgados dos tribunais superiores e tribunais locais a respeito da responsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário, conclui que “os tradicionais argumentos favoráveis à irresponsabilidade do Estado-juiz ainda continuam sendo utilizados, mesmo diante da Constituição vigente, que comporta o entendimento defendido pela doutrina no sentido de que no art. 37, §6º também se incluem os atos dos magistrados” (LEITE, Rosimeire Ventura. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 172).

revelado mais refratária à ampla responsabilização do Estado por atos jurisdicionais, nos moldes da responsabilidade por atos administrativos *stricto sensu*”.⁶⁵

Antes de se adentrar precisamente no tema da omissão judicial, é importante que se faça uma abordagem tipológica dos atos judiciais.

Essa classificação é fundamental para os estudos no âmbito dessa temática, uma vez que o tratamento da responsabilidade civil do Estado pode assumir uma roupagem diferente a depender da natureza específica do ato. Assim, o tema geral da responsabilidade do Estado por atos judiciais deve partir dessa distinção para se compreender como doutrina e jurisprudência encaram a responsabilidade em cada caso. A partir daí, importante passar pelos argumentos que sustentam a tese da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais e suas respectivas críticas – aspectos esses, ademais, dentre os mais explorados nos estudos desenvolvidos no âmbito desse tema.

2.1. Classificação dos atos judiciais

A abordagem tipológica dos atos do Poder Judiciário, para fins do estudo da responsabilidade do Estado, tem como ponto de partida a noção de jurisdição, bem como a compreensão do que seriam atividades típicas e atípicas do Poder Judiciário.

Definir precisamente o conceito de jurisdição e sua abrangência é, de fato, tarefa bastante complicada e indiscutivelmente é um tema de grande relevância dentro da teoria geral do processo. Conforme Aguiar Júnior:

“[d]efinir jurisdição tem sido um dos muitos pontos tormentosos do processo civil, para cuja solução concorreram as lições de Chiovenda (a jurisdição caracteriza-se pela substituição da atividade privada pela do Juiz), de Carnelutti (a jurisdição é a justa composição da lide), de Couture (jurisdição tem por objeto dirimir conflitos mediante decisões com autoridade de coisa julgada), de Galeno Lacerda (a jurisdição consiste no julgamento de questões controvertidas).”⁶⁶

A jurisdição pode ser compreendida como a atuação estatal que busca a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, de modo a resolver, com definitividade,

⁶⁵ FERNANDES, André Dias. Responsabilidade do Estado e do juiz por atos jurisdicionais na jurisprudência do STF, *Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo*, São Paulo, n. 8, 2º quinz. abr. 2004, p. 308.

⁶⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 20, n. 59, nov. 1993, p. 34.

uma situação de crise jurídica. Busca gerar com a solução do conflito, ao menos em tese, a pacificação social.

Conforme Cintra, Ginover e Dinamarco, jurisdição “é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”.⁶⁷ Segundo os autores, ela pode ser compreendida como um poder, como uma função e como uma atividade. No primeiro aspecto ela é a manifestação do poder estatal que reflete a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Enquanto função, ela é a obrigação pela qual os órgãos estatais competentes se incumbem de promover a pacificação de conflitos entre indivíduos, realizando o direito justo, por meio do processo. Enfim, na condição de atividade, é o complexo de atos do juiz no processo, pelos quais o magistrado exerce o poder e cumpre a função que a lei lhe impõe. Esses três elementos somente se apresentam como legítimos por meio de um processo devidamente estruturado (caracterizando o devido processo legal).

A jurisdição constitui não um mero poder do Estado, mas sim um verdadeiro dever.⁶⁸ Não é, portanto, uma faculdade. Logo, correlato a ela existe um direito de requerer a sua prestação. Assim, “ao poder do Estado de exercer a jurisdição, corresponde o direito dos jurisdicionados de exigí-la, como forma de proteger seu patrimônio jurídico”.⁶⁹

Outro ponto de partida relevante é a distinção entre as noções de atividade típica e atípica do Poder Judiciário. O Brasil adotou, como se sabe, a técnica de independência e harmonia entre os poderes. Privilegiou, assim, a interação, colaboração e o mútuo controle entre eles. Nessa toada, repartiu as funções estatais básicas entre os poderes, sendo uma (ou algumas) predominante e outras funções de caráter secundário. Assim, diz-se que cada Poder tem a suas funções típicas e atípicas.

A função típica do Poder Judiciário é exatamente o exercício da jurisdição, ou seja, julgar os casos concretos que lhe são postos, resultante de um conflito de interesses, aplicando o direito. Além dessas funções, também é atribuído ao Judiciário o exercício de outras secundárias, denominadas atípicas. Essas possuem natureza administrativa (atos de gestão de pessoal, provimento de cargos, etc.), bem como

⁶⁷ CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 145.

⁶⁸ Também ressaltando esse ponto: LEITE, Rosimeire Ventura. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 19.

⁶⁹ LEITE, Rosimeire Ventura. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 22.

legislativas (por meio da edição de atos materialmente legislativos, dotados de generalidade e abstração, tais como a edição de normas regimentais).⁷⁰

A doutrina, a partir dessas duas noções (desenvolvidas sucintamente acima), passou a propor uma abordagem tipológica dos atos do Poder Judiciário no intuito de estudar com precisão a responsabilidade do Estado em cada caso.

Segundo Cavalieri Filho⁷¹, atividade jurisdicional “é realizada exclusivamente pelos juízes, através de atos *judiciais típicos*, como decisões, sentenças, liminares, acórdão, específicos da função de julgar”. Aponta ainda a existência de atos, no âmbito do Judiciário, que não possuem caráter jurisdicional. São classificados pelo civilista como atividade judiciária. São praticados, em geral, pelos serventuários da justiça, embora possa o magistrado igualmente praticá-los, como na administração de seu cartório ou no ordenamento do processo.

Em sentido similar, Dergint⁷² distingue os “atos judiciais jurisdicionais”, que são os atos de julgamento propriamente ditos, dos “atos judiciais administrativos”, dentre os quais estariam incluídos aqueles relacionados à jurisdição voluntária, por exemplo. Aponta ainda que “o mesmo regime de responsabilidade aplicável aos atos administrativos formais não pode ser recusado aos atos administrativos materiais, produzidos pelo Poder Judiciário”.

Figueira Júnior,⁷³ ao contrário, não enquadra os atos de jurisdição voluntária como atos administrativos, embora não atribua natureza jurisdicional a eles. Traça para tal a distinção entre “atos de natureza puramente administrativa” e “atos jurisdicional atípico”, incluindo os atos de jurisdição voluntária nessa última categoria.

Já Di Pietro⁷⁴ distingue os “atos jurisdicionais” – por meios dos quais o Poder Judiciário põe fim aos litígios pela aplicação da lei ao caso concreto – dos “atos não jurisdicionais do Poder Judiciário”, classificando-os ainda em “atos administrativos” e “atos normativos”. Os primeiros apresentam a mesma natureza que os praticados, em regra, pelo Poder Executivo, enquanto os segundos podem ser utilizados, por exemplo, para organizar os serviços das secretarias e os serviços dos auxiliares da Justiça.

⁷⁰ Nesse sentido: MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 498.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 259.

⁷² DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais, *Revista dos Tribunais*, a. 83, v. 710, dez. 1994, p. 226.

⁷³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-Juiz*. Curitiba: Juruá Editora, 1995, p. 57.

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n. 198, out./dez. 1994, p. 85-86.

A administrativista aponta ainda que os atos jurisdicionais propriamente ditos não compreendem somente as sentenças, mas também atos que o juiz pratica até chegar à sentença, tais como despachos e decisões interlocutórias.

José Cretella Júnior,⁷⁵ por sua vez, entende que o ato jurisdicional é aquele que pressupõe a contestação de uma pretensão. Assim, além do fenômeno de formação e realização do direito, atribuídos predominantemente aos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente, o fenômeno contencioso (materializado pela contestação) é o que justifica o Judiciário como um poder autônomo e jurisdição como função autônoma e distinta, não se confundido com o papel de realizar o direito da função administrativa. Por isso, nem mesmo os atos de jurisdição voluntária seriam espécie de atos jurisdicionais. Completa ainda publicista que a pretensão seria o critério discriminativo da função jurisdicional em relação às demais funções do Poder Judiciário.

Edmir Netto de Araujo⁷⁶ eleva os atos e atividades judiciárias à condição de gênero (compreendendo todos os atos do Poder Judiciário), distinguindo a atividade contenciosa (atividade jurisdicional, que é a atividade-fim do Poder Judiciário, pela qual se praticam os atos jurisdicionais) da atividade voluntária (também denominada graciosa ou não contenciosa), qualificada em termos gerais como atividade administrativa do Poder Judiciário, de cunho secundário (atividade-meio ou anespecífica).

A respeito dos atos dessa atividade administrativa, o administrativista os distingue em três subespécies: os atos administrativos propriamente ditos, os atos da chamada jurisdição voluntária e os atos de execução ou pós-sentença. Os primeiros são aqueles decorrentes da execução, estruturação ou administração dos serviços judiciários, como, por exemplo, os atos de nomeação, compras, transportes, licitações, finanças, comunicações, pessoal, etc.

Já os atos de jurisdição voluntária (jurisdição administrativa, não contenciosa ou graciosa) seriam aqueles de interferência judicial na administração de interesses privados, com o escopo de assegurar o cumprimento da lei e de suas formalidades. Nesses, não há lide propriamente dita, mas exigência de participação do juiz para a realização de atos privados.

⁷⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 99, jan./mar. 1970, p. 14 e 18.

⁷⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso direito administrativo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 834-838.

A exigência da presença de órgãos estatais em alguns interesses privados pode se dar igualmente pela via extrajudicial – como os praticados por cartórios extrajudiciais, juntas comerciais, dentre outros. Todavia, em razão da maior gravidade ou delicadeza de alguns direitos (tais como divórcio consensual quando o casal tiver filhos menores ou incapazes, suprimentos da vontade, retificação de assentos de registros civis ou outros registros, nomeação de tutores, etc.), destaca o publicista que a administração desses atos foi confiada ao juiz.

Para José Arteiro Vieira de Melo,⁷⁷ os “atos jurisdicionais” igualmente são espécies de “atos judiciais ou judiciários em sentido lato”. Todavia, conferindo uma amplitude maior a esses atos do que sustentaram alguns dos autores mencionados acima, entende que envolveriam tanto os atos de jurisdição contenciosa como os de jurisdição voluntária.

Além disso, conforme o mencionado autor, “[d]enominam-se atos jurisdicionais todos os atos praticados pelo juiz no curso do processo, ainda que não possuam conteúdo decisório, como os despachos de mero expediente”.⁷⁸

José Guilherme de Souza⁷⁹ também prefere classificar os atos de jurisdição voluntária como no âmbito daqueles que possuem natureza jurisdicional. A justificativa para tal seria o fato de não haver diferenças substanciais entre essas espécies de atos. Por isso, a distinção dos atos de jurisdição voluntária e dos de natureza contenciosa seria apenas o fato de não existir “de logo” (desde o início) um litígio e, portanto, o contraditório.

Discorda-se, todavia, da posição desses dois autores apontados acima. Entende-se, a exemplo dos demais autores mencionados anteriormente, que os atos de jurisdição voluntária não possuem natureza propriamente jurisdicional. Conforme aponta José de Albuquerque Rocha:

“Quanto à impropriamente chamada jurisdição voluntária, entendemos não ser jurisdição em sentido próprio, seja por não versar sobre conflitos sociais, seja por não destinada a concluir, em definitivo, o processo de efetivação do direito, seja, finalmente, por não estar instrumentalmente ligada aos processos jurisdicionais de conhecimento e execução.”⁸⁰

⁷⁷ MELLO, José Arteiro Vieira de. A responsabilidade do Estado pela morosidade na atividade jurisdicional, *Revista Esmape*, Recife, v.7, n. 15, jan./jun. 2002, p. 356-359.

⁷⁸ MELLO, José Arteiro Vieira de. A responsabilidade do Estado pela morosidade na atividade jurisdicional, *Revista Esmape*, Recife, v.7, n. 15, jan./jun. 2002, p. 359.

⁷⁹ SOUZA, Jose Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 652, fev. 1990, p. 31.

⁸⁰ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 79.

Também é possível perceber alguma controvérsia a respeito da natureza propriamente jurisdicional dos atos relacionados às tutelas cautelares e executivas. Enquanto alguns autores não as enquadram dentro da noção de atividade jurisdicional (por exemplo, Edmir Netto de Araujo que, conforme apontado, sustenta a natureza não jurisdicional dos atos pós-sentença), outros preferem atribuir essa natureza a tais atividades. Aparentemente, esses atos estão ligados à função jurisdicional, pois são medidas implícitas no direito à tutela jurisdicional reconhecido no artigo 5º, inciso XXXV, da CF.⁸¹

Especificamente quanto às espécies de atos dos magistrados, Joel Dias Figueira Júnior destaca que a classificação presente no artigo 162⁸² do Código de Processo Civil não se mostra suficiente para explicar todos os atos processuais dos juízes.⁸³ Haveria uma série de outros atos praticados frequentemente pelos magistrados que não se enquadram com precisão nessas categorias previstas no modelo do mencionado dispositivo.

Somente no Código de Processo Civil vigente, há diversos exemplos: outros atos de direção e instrução de processos (art. 125, *caput*);⁸⁴ inspeção judicial (art. 440);⁸⁵

Também nesse sentido: CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 168-170.

⁸¹ Quanto a esse ponto, aparentemente está bastante consolidada e difundida na doutrina processualista a noção de que esses atos possuem natureza jurisdicional. A sistemática do Código de Processo Civil vigente coloca as tutelas executivas e cautelares ao lado da tutela de conhecimento como espécies de tutela jurisdicional (a própria sistematização da matéria nos livros I II e III indica tal tripartição). A elevação da tutela cautelar como uma categoria autônoma em relação à de conhecimento ou de execução, contudo, é objeto de bastante crítica por parte considerável da doutrina processualista. Sem prejuízo disso, considerar que a tutela cautelar possui natureza jurisdicional é amplamente aceito.

Cumprir registrar que o Projeto de Lei que visa regular o novo Código de Processo Civil baseia-se na lógica de amoldar a tutela cautelar no gênero tutela antecipada (que poderá ter fundamento tanto na urgência como na evidência, bem como poderá ter natureza cautelar ou satisfativa).

Todavia, para a finalidade do presente capítulo de se analisar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais e atos não jurisdicionais do Poder Judiciário, não é necessário grandes aprofundamentos a respeito da natureza desses. Basta analisar a aptidão dos argumentos em favor da tese da irresponsabilidade em relação a esses atos específicos. Por exemplo, conforme será visto, o argumento da coisa julgada se apresentará como inábil para afastar a responsabilidade em relação a atos de execução ou cautelares.

⁸² “Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei. § 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. § 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma. § 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários.”

⁸³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-Juiz: estado e juízes constitucionalmente responsáveis: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá Editora, 1995, p. 46.

⁸⁴ “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:”

exercício de poder de polícia ao presidir audiências (art. 445);⁸⁶ propositura de conciliação (art. 125, inc. IV; 331 e 448);⁸⁷ apresentação às partes de pontos controvertidos (art. 451);⁸⁸ colheita pessoal de provas (art. 446, inc. II);⁸⁹ exercício de poder de polícia ao exortar as partes, seus advogados e Ministério Público a discutirem a causa com elevação e urbanidade (art. 446, inc. III); etc.

Correspondentemente ao poder conferido pelo CPC para que se pratiquem de todos esses atos, é possível se cogitar de correlatas omissões dos magistrados ao se quedarem inertes quanto à prática desses.

Referido autor⁹⁰ classifica ainda os atos judiciais, especificamente em relação à sistemática do vigente CPC, levando-se em conta os seus conteúdos (decisórios ou não) e a atividade judicial desenvolvida no curso do processo. Assim, chega a quatro categorias: a) despachos (de impulso processual, de expediente, correicional processual ou correicional administrativo); b) atividades instrutórias; c) atividades de polícia; e d) decisões; d.1) interlocutórias (correicionais administrativas ou processuais); e d.2) sentenças (de mérito ou formais).

⁸⁵ “Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.”

⁸⁶ “Art. 445. O juiz exerce o poder de polícia, competindo-lhe: I - manter a ordem e o decoro na audiência; II - ordenar que se retirem da sala da audiência os que se comportarem inconvenientemente; III - requisitar, quando necessário, a força policial.”

⁸⁷ “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.”

“Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.”

“Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo”.

⁸⁸ “Art. 451. Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova.”

⁸⁹ “Art. 446. Compete ao juiz em especial:

I - dirigir os trabalhos da audiência;

II - proceder direta e pessoalmente à colheita das provas;

III - exortar os advogados e o órgão do Ministério Público a que discutam a causa com elevação e urbanidade.”

⁹⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-Juiz: estado e juízes constitucionalmente responsáveis: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá Editora, 1995, p. 49.

Para fins do estudo da responsabilidade estatal, independentemente da terminologia que se adote, de todas essas classificações apresentadas o que se mostra relevante é a distinção pautada em dois grandes grupos:

- a) os atos judiciais que possuem conteúdo jurisdicional (“atos jurisdicionais”, “atos judiciais típicos”, “atos tipicamente jurisdicionais”, “atos propriamente jurisdicionais”, “atos judiciais em sentido estrito”, “atos jurisdicionais em sentido estrito”, dentre outras variações terminológicas), que são os atos de competência exclusiva do magistrado, por meio dos quais a jurisdição é exercida em seu sentido próprio (sentenças, decisões interlocutórias, etc.); e
- b) os atos judiciais desprovidos de conteúdo jurisdicional (“atos judiciais não jurisdicionais”, “atos judiciais administrativos”, “atos administrativos e normativos do Poder Judiciário”, “atos judiciais atípicos”, dentre outras), que podem variar desde atos de natureza claramente administrativa (como nomeação de magistrados e servidores, licitações realizadas por órgãos do Poder Judiciário, outros atos de pessoal no âmbito do Poder Judiciário, etc.) até atos realizados no âmbito de processos judiciais, porém sem conteúdo propriamente decisório (despachos de mero expediente, atos puramente executórios e mesmo atos de jurisdição voluntária – que, conforme aqui se entende, não possuem natureza estritamente jurisdicional).

Ainda que existam algumas discordâncias doutrinárias quanto à natureza propriamente jurisdicional ou não de alguns atos no âmbito do processo (como no caso dos atos de jurisdição voluntária, conforme apresentado acima ou mesmo dos atos de execução e cautelares), parece haver certa convergência quanto à percepção de que a análise do tema da responsabilidade do Estado pelos atos do Poder Judiciário deva partir dessa distinção.

Mais do que isso, independentemente de qual categoria se enquadre o ato, é relevante analisar a potencialidade dos argumentos (favoráveis à tese da irresponsabilidade ou não) ventilados para se afastar ou permitir a responsabilidade estatal pela sua prática.

Passa-se a analisar, então, a responsabilidade do Estado a partir dessa distinção.

2.2. A responsabilidade por atos não jurisdicionais do Poder Judiciário

Quanto aos atos desprovidos de conteúdo jurisdicional, parece não haver grandes resistências quanto ao reconhecimento da tese da responsabilidade.

Conforme destaca Araujo,⁹¹ tais atos se sujeitam normalmente ao regime comum da responsabilidade do Estado, previsto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição. Trata-se da noção de que os atos do Poder Judiciário desprovidos de conteúdo tipicamente jurisdicional seguem o mesmo regime dos demais atos estatais, não havendo qualquer necessidade de se analisar os argumentos em prol da tese da irresponsabilidade do Estado nesses casos.

A respeito do tema, transcrevem-se as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Quanto se trata de responsabilidade por ato não jurisdicional, o tema da responsabilidade envolve menores dificuldades, especialmente nos casos de atos administrativos, pois a doutrina e a jurisprudência já se fixaram no reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado, mediante aplicação do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. E essa doutrina não é diferente pelo fato do ato administrativo ser praticado pelo Poder Judiciário.”⁹²

Além da administrativista, há vasta doutrina que sustenta tal posicionamento,⁹³ que, conforme apontado por Di Pietro, tende a ser mais aceito até mesmo na jurisprudência (como, por exemplo, no julgamento da AR n.º 3.776-1, Rel. Ivan Righi, d.j. 06.12.1990, TJ/PR, conforme o seguinte trecho: “no que concernem, porém, ao ato administrativo praticado por órgão judiciário, vale o princípio da responsabilidade do Estado pelo prejuízo daí advindo ao direito de terceiros”).

Quanto a esse ponto, portanto, parece não haver grandes dúvidas a respeito da responsabilidade do Estado, havendo uma considerável convergência entre doutrina e jurisprudência.⁹⁴

⁹¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso direito administrativo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 835.

⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n. 198, out./dez. 1994, p. 85.

⁹³ Posição essa bastante difundida nos diversos trabalhos aqui pesquisados. Apenas para citar mais dois exemplos: ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso direito administrativo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 834-838; e DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais, *Revista dos Tribunais*, a. 83, v. 710, dez. 1994, p. 226.

⁹⁴ Mesmo assim, não é exagerada a conclusão no sentido de que, do ponto de vista quantitativo, a jurisprudência ainda se apresenta um pouco tímida. Todavia, esse fato não parece decorrer do acolhimento da tese da irresponsabilidade por atos judiciais sem natureza jurisdicionais, mas sim por outros fatores como, por exemplo, pelo reconhecimento de que em determinados casos concretos não foram preenchidos os requisitos ou mesmo pelo baixo manejo pelas partes e procuradores da ação de responsabilidade nesses casos.

2.3. A responsabilidade do Estado por atos tipicamente jurisdicionais

Bem mais controvertido é o debate em torno da questão da responsabilidade do Estado por atos de natureza jurisdicional.

Para abordar essa questão específica, optou-se por analisar o tema em três etapas. Primeiramente, cumpre verificar o cabimento da responsabilidade a partir da análise do dispositivo geral que regula a responsabilidade do Estado previsto na Constituição. Em seguida, ainda em uma abordagem constitucional, analisar o conteúdo da expressão “erro judiciário” do inciso LXXV, do artigo 5º, da Constituição, e checar se o dispositivo tem o condão de afastar a regra geral de responsabilidade. Por fim, realizar uma análise crítica a respeito dos argumentos – bastante ventilados e combatidos nos diversos trabalhos pesquisados sobre o presente tema– estruturantes da tese da irresponsabilidade do Estado por atos de conteúdo jurisdicionais.

2.3.1. O tema à luz do artigo 37, §6º, da Constituição

Dispõe o dispositivo constitucional em comento que:

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

(...)

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

Sobre a extensão do referido dispositivos aos atos e omissões judiciais, incluído os atos de natureza jurisdicional, propõe-se aqui uma análise pautada em três aspectos.

A primeira observação a ser feita, de ordem topológica, é que o dispositivo não foi especificamente regulamentado na parte da Constituição destinada a disciplinar o Poder Executivo, ao contrário do que faziam a Constituição de 1967 e Emenda Constitucional n.º 01/1969 anteriores. Ao contrário, o tema foi tratado no capítulo destinado à Administração Pública (inserido no Título “Da Organização do Estado”).

Além disso, o próprio *caput* do art. 37 – norteador dos dispositivos referentes ao assunto – estende sua aplicação à Administração Pública direta e indireta de todos os Poderes da República. Diante disso, mostra-se possível concluir pela extensão apriorística de todos os dispositivos vinculados ao *caput* ao âmbito do Poder Legislativo

e Judiciário. Logo, ao menos em uma análise inicial, a norma geral relativa à responsabilidade do Estado se destina a regular também todos os atos praticados pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, destaca Cotrim Neto⁹⁵ que a Constituição Federal vigente desde 1988, ao tratar do tema da responsabilidade do Estado, inovou em ao menos dois aspectos se comparada com as Constituições anteriores: a) o tratamento do tema (no artigo 37, §6º) foi feito em uma parte que cuida da “Organização do Estado”, enquanto as anteriores tratavam da matéria em partes destinadas especificamente ao Poder Executivo; e b) a responsabilidade é tratada tendo por referência as atividades dos “agentes públicos” e não apenas os “funcionários públicos”.

O segundo ponto, refere-se justamente a esse último aspecto destacado por Cotrim Neto. Ao contrário das Constituições anteriores,⁹⁶ que utilizavam a expressão “funcionários públicos”, a atual adotou expressamente o termo “agentes”, cuja amplitude é bem mais extensa.

Tal fato, no tocante à responsabilização civil do Estado por atos jurisdicionais, mostra-se relevante. Isso, porque se afastou em definitivo os argumentos – ao menos aqueles baseados na interpretação gramatical do texto constitucional anterior – no sentido de que a Constituição, quando mencionava o termo “funcionário”, excluía os magistrados, que não poderiam ser considerados tecnicamente funcionários públicos.⁹⁷ Assim, o dispositivo constitucional pode englobar, inclusive, os agentes políticos do Estado.

Até mesmo em relação às Constituições anteriores, havia autores que sustentavam que o termo “funcionários” já abrangeria os magistrados e parlamentares. José Cretella Júnior⁹⁸ sustentava que o magistrado era figura equiparada ao funcionário público. De igual maneira, durante a vigência da Emenda Constitucional n.º 01/1969,

⁹⁵ COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Responsabilidade do Estado por atos de juiz (em face da Constituição de 1988), *Revista Trimestral de Direito Públicos*, São Paulo, n. 9, 1995, p. 25.

⁹⁶ A Emenda Constitucional n.º 01/69, trazia em seu artigo 107 a seguinte redação: “As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”. Já a CF/67, dispunha em seu art. 105: “As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

⁹⁷ Até os dias de hoje é polêmica a natureza jurídica da função dos magistrados. Há diversas posições doutrinárias, até mesmo a que considera os magistrados como agentes políticos – posição essa que foi, inclusive, adotada pelo STF no julgamento do RE 228.977-SP, d.j. 05/03/2002.

⁹⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 99, jan./mar. 1970, p. 30.

Edmir Netto de Araujo⁹⁹ defendia que o magistrado se enquadrava na categoria dos agentes públicos e, assim, no conceito de funcionário público do artigo 107 de tal emenda. Além disso, no julgamento pelo STF do RE 70.121-MG, d.j. 13.10.1971, embora vencido, o Ministro Aliomar Baleeiro em seu famoso voto já sustentava que o termo “funcionários” contido no art. 107 da EC 01/1969 abrangia os magistrados.

Por outro lado, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, ainda há autores que compreendem que o termo agente abrange apenas os agentes administrativos, excluindo-se os agentes políticos, tais como os magistrados e parlamentares.¹⁰⁰ Contudo, trata-se de posição bastante minoritária.

Tal posição não pode prosperar, uma vez que, independentemente da categoria de agente que se enquadrem os magistrados – agentes políticos (entendimento que, conforme apontado, já foi adotado pelo STF) ou servidores públicos (espécie de agentes administrativos), em regime diferenciado dos demais servidores – ela certamente estará no gênero “agentes públicos” (ou simplesmente “agentes”, conforme redação do parágrafo sexto).¹⁰¹ Não há, portanto, qualquer razão para tal discriminação de situações se a Constituição não o fez.

O último aspecto que merece atenção é a expressão “serviços públicos” contida no dispositivo em comento. A questão a ser analisada é se a sua existência expressa teria o condão de afastar, de alguma maneira, a incidência do dispositivo para o âmbito judicial.

Para tal análise, é relevante a verificação das possíveis acepções tal expressão pode assumir. Alexandre dos Santos Aragão,¹⁰² por exemplo, enxerga quatro possíveis sentidos. Em um sentido amplíssimo, significaria todas as atividades desenvolvidas pelo Estado (inclusive a jurisdição, a atividade legislativa e a segurança). Em uma acepção

⁹⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 43-68.

¹⁰⁰ Nesse sentido: a) JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional: Brasil-Portugal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 67; e b) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 553-554. Esse último defende a responsabilidade do Estado, por “ato judicial típico” – ato propriamente jurisdicional – somente no caso do inciso LXXV, do art. 5º, da CF, e no caso do art. 133, do CPC (nesse caso, com direito à ação regressiva contra o magistrado).

¹⁰¹ Conforme José dos Santos Carvalho Filho, “são agentes do Estado os membros dos Poderes da República, os servidores administrativos, os agentes sem vínculo típico de trabalho, os agentes colaboradores sem remuneração, enfim todos aqueles que, de alguma forma, estejam juridicamente vinculados aos Estado. Se, em sua atuação, causam danos a terceiros, provocam a responsabilidade civil do Estado” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 559).

¹⁰² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, 2ª ed. São Paulo: Forense, 2008, p. 144-149.

ampla, equivaleria às atividades prestacionais fruíveis individual ou coletivamente (incluindo os serviços econômicos, sociais e serviços *uti universi*). No sentido restrito, abrangeria atividades também prestacionais, porém com um liame direto em relação aos indivíduos (incluiria os serviços econômicos e sociais) Enfim, em um sentido restritíssimo, seriam as atividades prestacionais do Estado remuneradas por taxa ou tarifa.

Não parece correto compreender que a expressão serviços públicos do dispositivo geral da responsabilidade do Estado em comento assuma essas acepções mais restritas. Caso contrário, chegar-se-ia ao absurdo de se sustentar que o particular, tendo suportado um dano imputado ao Estado, não teria o direito de ser indenizado unicamente em decorrência da natureza da atividade. Estaria afastada, assim, a priori a responsabilidade estatal quando da realização de outras atividades, como o exercício do poder de polícia, a intervenção e o fomento.

Conforme José Cretella Júnior,¹⁰³ os serviços judiciários são espécies de serviços públicos. E dado que os danos oriundos dos serviços públicos, em qualquer de suas modalidades, devem ser indenizados, e a espécie serviço público judiciário estaria incluso.

Também argumentando pela continência dos “serviços judiciários” na expressão gênero “serviços públicos” do parágrafo sexto, Lílian de Castro Peixoto afirma que, “mesmo com as divergências doutrinárias, é indubitável que a acepção de serviços públicos não se cinge apenas à atividade administrativa do Estado, abrangendo também tanto a atividade legislativa como a judiciária”.¹⁰⁴

Além dessa própria interpretação da amplitude da expressão mencionada, há se de observar outro ponto ainda mais relevante. Para se refutar qualquer interpretação no sentido de que o trecho “prestadora de serviços públicos” contido no parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição, afastaria a responsabilidade do Estado em relação atos e omissões judiciais, basta observar que essa expressão se refere apenas às pessoas jurídicas de direito privado.¹⁰⁵

¹⁰³ CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 99, jan./mar. 1970, p. 15.

¹⁰⁴ PEIXOTO, Lílian de Castro. Responsabilidade do Estado por atos do Judiciário, *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena – CAAP*, Belo Horizonte, a. 5, n. 9, 2000, p. 161.

¹⁰⁵ Ao debater a amplitude da expressão “prestadoras de serviços públicos” e a consequente questão da aplicabilidade do regime geral da responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Direta que não prestam serviços públicos em sentido estrito, Bacellar Filho esclarece que mesmo para aqueles que interpretam de maneira mais restrita o conceito de serviços públicos do dispositivo, não o aplicam em face das pessoas jurídicas de direito público (BACELLAR

Não adjetiva, portanto, a expressão “pessoas jurídicas de direito público”. Logo, o debate em relação à amplitude de tal expressão teria por referencial somente a questão do regime de responsabilidade aplicado às pessoas jurídicas de direito privado (sejam integrantes da Administração Indireta, como as empresas públicas e sociedades de economia mista, sejam particulares que exerçam alguma atividade de natureza pública) quando elas não exerçam serviços públicos em sentido estrito. Assim, referida expressão não tem o condão de afastar o regime geral da responsabilidade objetiva aos casos de condutas judiciais.¹⁰⁶

Diante dessas considerações, tem-se que não haveria qualquer problema em se aplicar, aprioristicamente, a regra geral da responsabilidade aos casos de atos e omissões¹⁰⁷ oriundas do Poder Judiciário, inclusive aqueles de natureza jurisdicional. Cumpre analisar, em seguida, se há outros dispositivos constitucionais ou argumentos aptos a afastar tal responsabilidade.

2.3.2. O “erro judiciário” do artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição

Dispõe o artigo 5º, do inciso LXXV, da Constituição Federal que:

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

Trata-se de importante dispositivo garantidor de direito individual previsto na parte da Constituição destinada a disciplinar os direitos fundamentais. Assegura tanto a responsabilidade do Estado pelos danos ocasionados ao condenado por erro judiciário, como pelo tempo em que permanecer preso além da sentença.

FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da Administração Pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A Questão da Omissão. Uma Visão a partir da Doutrina e da Jurisprudência Brasileiras, in FREITAS (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 316-324).

¹⁰⁶ José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar especificamente das pessoas responsáveis – como um dos elementos constitucionais da regra geral da responsabilidade do Estado do artigo 37, parágrafo 6º – aponta para a existência de duas categorias: as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado. A partir disso, sustenta que “[e]m relação à primeira categoria, não há novidade. São objetivamente responsáveis as pessoas jurídicas de direito público: as pessoas componentes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as autarquias e as fundações públicas de natureza autárquica” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 556). Os atos estatais praticados no âmbito do Poder Judiciário são, naturalmente, atribuíveis, conforme o caso, à União, Estados ou Distrito Federal, de maneira que estão enquadrados nessa primeira categoria.

¹⁰⁷ Especificamente em relação às omissões, a dúvida quanto à aplicabilidade do regime geral da responsabilidade objetiva previsto no dispositivo constitucional é bastante polêmica. Todavia, tal controvérsia não se limita apenas às omissões judiciais, mas sim em relação a qualquer omissão estatal. Por uma questão metodológica, opta-se naturalmente por debater o tema no Capítulo 3 destinado a discutir os requisitos da responsabilidade do Estado por omissão.

Com base em referido comando, alguns sustentam a tese de que referido dispositivo constitucional teria excepcionado a regra geral da responsabilidade do artigo 37, parágrafo 6º, por disciplinar integralmente o regime aplicável aos atos de natureza jurisdicional – ou até mesmo todo o regime de responsabilidade do Estado por atos e omissões oriundas do Poder Judiciário.

Marcus Paulo Queiroz Macêdo,¹⁰⁸ por exemplo, sustenta que o regime de responsabilidade do Estado pelos atos propriamente jurisdicionais é do erro judicial, sendo tal responsabilidade subjetiva.

As situações em que se cogita a ocorrência do erro, bem como a amplitude do conceito é questão controvertida na doutrina. Segundo Giovanni Ettore Nanni:

“[o] erro judiciário é aquele oriundo do Poder Judiciário e deve ser cometido no curso de um processo, visto que na consecução da atividade jurisdicional, ao sentenciarem, ao despacharem, enfim ao externarem qualquer pronunciamento ou praticarem qualquer outro ato, os juízes estão sujeitos a erros de fato ou de direito, pois a pessoa humana é falível, sendo inerente a possibilidade de cometer equívocos.”¹⁰⁹

Quanto às situações em que este pode ocorrer, Arnor Lima Neto sustenta que “[o] erro pode acontecer na atuação do juiz: a) na errônea apreciação dos fatos; b) no mal enquadramento dos fatos no direito; c) na errônea utilização das normas legais”.¹¹⁰

Defende Marcus Paulo Queiroz Macêdo¹¹¹ que não deve ser qualquer tipo de erro que justificaria a responsabilização do Estado, mas apenas os erros inescusáveis – já que os escusáveis estariam, pela razoabilidade, excluídos. Afasta qualquer tipo de responsabilização por questões interpretativas e, sem intentar fazer um rol exaustivo, elenca quatro tipos de erros que dariam ensejo à responsabilização: a) equívocos graves na apreciação do Direito e das provas; b) decisões contra súmulas vinculantes; d) decisão contra texto expresso de lei, salvo quando declare incidentalmente a inconstitucionalidade da norma, motivando-se adequadamente; e d) deferimento de tutela provisória sem a devida comprovação do *fumus boni iuris*.

¹⁰⁸ MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. A responsabilidade civil em face de danos decorrentes de atos oriundos do Poder Judiciário, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 9, n. 35, jul./set. 2008, p. 240-243.

¹⁰⁹ NANNI, Giovanni Ettore. *A Responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 122.

¹¹⁰ LIMA NETO, Arnor. A responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrentes da função judiciária no Brasil, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 27, n. 47, jan./jun. 2002, p. 58.

¹¹¹ MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. A responsabilidade civil em face de danos decorrentes de atos oriundos do Poder Judiciário, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 9, n. 35, jul./set. 2008, p. 240-243.

Já em relação ao momento processual em que se pode falar em erro, Lílian de Castro Peixoto¹¹² argumenta que o único momento em que esse poderia surgir é o da sentença que coloca fim ao processo, pois, ainda que ele ocorra em uma decisão interlocutória, sua verdadeira repercussão será efetivamente sentida no momento da sentença.

Joel Dias Figueira Júnior,¹¹³ por outro lado, afirma que os atos judiciais capazes de levar à responsabilidade civil do Estado estão circunscritos em três fases processuais: instrutória ou cognitiva, decisória e executória. Na primeira situa-se a omissão, a recusa, o retardamento na prática de atos, inclusive com vistas à prolação de sentença. Na segunda há espaço para o erro judicial propriamente dito ou erro técnico de decisão. Já na terceira, poderá ocorrer qualquer uma dessas situações. Ressalva ainda que o dolo ou a fraude podem aparecer em qualquer dessas fases.

Em decorrência disso, classifica as hipóteses de responsabilidade civil do Estado em decorrência da sua função ou atividade judiciária e, algumas categorias: a) decorrente de ato ilícito (omissivo ou comissivo – dolo ou fraude); b) por recusa, omissão ou retardamento de providência que deva tomar de ofício ou a requerimento da parte, sem justo motivo (culpa grave); c) disfunção da Administração da Justiça (deficiência no funcionamento da máquina judiciária); d) erro no oferecimento da tutela jurisdicional (erro judiciário ou erro *stricto sensu*).¹¹⁴

Percebe-se que a conceituação e a aplicabilidade do instituto do “erro judiciário”, bem como a verificação precisa de sua amplitude, é questão bastante complexa e controvertida. O aprofundamento do tema demandaria análise de questões, tais como: “erro judiciário” e “erro judicial” significam exatamente a mesma coisa? Qual a amplitude do conceito veiculado na Constituição (erro judiciário em sentido estrito ou em sentido amplo)? Erro judiciário apenas pode ocorrer em relação ao ato propriamente jurisdicional? O erro judiciário apenas pode ser cometido pelo magistrado ou pode ser imputado de maneira impessoal ao Poder Judiciário? Caso apenas possa ser cometido pelo magistrado, tratar-se-á de responsabilidade na modalidade subjetiva? Caso positivo, poderia se falar em erro caso fosse cometido por dolo do magistrado ou o

¹¹² PEIXOTO, Lílian de Castro. Responsabilidade do Estado por atos do Judiciário, *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena – CAAP*, Belo Horizonte, a. 5, n. 9, 2000, p. 178.

¹¹³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-Juiz: estado e juízes constitucionalmente responsáveis: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá Editora, 1995, p. 51.

¹¹⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-Juiz: estado e juízes constitucionalmente responsáveis: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá Editora, 1995, p. 58.

conceito de erro (que poderia ser definido, por exemplo, como falsa percepção da realidade) seria incompatível com condutas dolosas? etc.

Enfim, é de se perceber que instituto do “erro judiciário” demandaria um estudo monográfico específico que fugiria dos objetivos do presente trabalho. Contudo, no intuito de se investigar se o inc. LXXV, do art. 5º, tem o condão de afastar a aplicação do art. 37, §6º, da Constituição, fez-se uma breve abordagem a respeito dele para se chegar à seguinte conclusão: independentemente da amplitude que se dê à noção de “erro judiciário”, ela seguramente é mais restrita – portanto, uma espécie ou mesmo subespécie – do rol de condutas oriundas do Poder Judiciário passíveis de ensejar, em tese, a responsabilidade do Estado. Assim, o campo de abrangência da “responsabilidade do Estado por erro judiciário” seria mais reduzido do que o campo da “responsabilidade do Estado por atos e omissões judiciais” (desde que se reconheça a possibilidade de existência de ambas, evidentemente) – ou mesmo mais restrito do que a “responsabilidade por atos jurisdicionais”, a depender da amplitude que se dê conceito. A partir dessa premissa, passa-se a analisar a questão proposta.

Como o erro judiciário é apenas uma das modalidades de responsabilidade do Estado por atos judiciais, a sua previsão específica no inciso LXXV do artigo 5º não tem o condão de afastar a responsabilidade do Estado por demais atos e omissões do Poder Judiciário. Primeiramente porque, na Constituição, não há qualquer indicação se houve uma pré-disposição do legislador constituinte em regulamentar toda a responsabilidade do Estado em decorrência de atos e omissões judiciais exclusivamente nesse inciso do artigo 5º.

Em segundo lugar, como a “responsabilidade do Estado por erro judiciário” é espécie de “responsabilidade do Estado por condutas judiciais”, que, por sua vez, é espécie do instituto geral da “responsabilidade extracontratual do Estado”, tem-se que não há a menor plausibilidade lógica em sustentar que o simples fato de haver uma previsão expressa da responsabilidade do Estado por erro judiciário teria o condão de afastar todas as demais hipóteses de responsabilidade do Estado por atos e omissões judiciais – inclusive por atos jurisdicionais – da regra geral do instituto da responsabilidade do Estado (art. 37, §6º, CF).

Caso contrário, estar-se-ia a admitir um impertinente raciocínio no sentido de que a simples previsão expressa de um instituto de abrangência restrita (subespécie), que é uma das modalidades de outro instituto um pouco mais amplo (espécie), teria o condão de excepcioná-lo da submissão a um regime de um instituto ainda mais amplo

(gênero). A simples previsão expressa da subespécie não tem o condão de excepcionar a espécie do gênero.

Em outras palavras, é logicamente falho o raciocínio de que a previsão expressa da responsabilidade do Estado por erro judiciário teve o condão de excluir a responsabilidade pelas demais condutas judiciais não oriundas do erro judiciário da regra geral da responsabilidade extracontratual do Estado do artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

Ademais, não aparenta ser correto o raciocínio que esse inciso LXXV se apresenta como exceção da regra geral de responsabilidade na modalidade objetiva. Isso porque eles não são absolutamente em nada incompatíveis. Ao contrário do que sustentam alguns, não foi veiculada uma norma de responsabilidade subjetiva no referido inciso (não se fala em culpa). Por isso, ele aparenta ser mais um reforço da responsabilidade naqueles casos – dada a importância dos direitos ali previstos – do que uma exceção à regra geral.¹¹⁵

Por fim, chega a ser absurdo imaginar que a previsão expressa do citado art. 5º, inciso LXXV, que se apresenta como um direito fundamental do cidadão (topologicamente localizado na parte da Constituição destinada à proteção dos direitos e garantias individuais), teria por função limitar o conteúdo da norma geral de responsabilidade do Estado prevista no mencionado artigo 37, §6º (topologicamente localizada no capítulo destinado a regulamentar as disposições constitucionais referentes à Administração Pública). Caso fosse admitido esse raciocínio, chegar-se-ia à conclusão de que o referido inciso LXXV, ao contrário de todos os demais incisos do artigo 5º, foi previsto com o intuito de restringir um direito fundamental (aprioristicamente assegurado na regra geral de responsabilidade) e não de ampliá-lo.

Nessa linha, combatendo a falsa ideia de que a previsão na Constituição de normas especiais sobre situações peculiares que ensejam a responsabilidade do Estado limitaria o alcance da norma geral de responsabilidade do Estado do §6º do art. 37, Fabiano André de Souza Mendonça¹¹⁶ aponta que a intenção do legislador

¹¹⁵ Por isso, ainda que se adote um conceito amplíssimo de erro judiciário a ponto de fazer coincidir o campo da “responsabilidade do Estado por erro judiciário” com o da “responsabilidade do Estado por ato jurisdicional”, não há que se falar em irresponsabilidade do Estado por esses atos. Isso porque todo o regime dessa responsabilidade, nesse caso, estaria contemplando nesse inciso LXXV. Por essa mesma razão, tampouco prospera o argumento de que se aplicaria a teoria subjetiva da responsabilidade para esses casos, uma vez que o regime aplicável ainda seria o do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição.

¹¹⁶ MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Responsabilidade civil do Estado por ato judicial inconstitucional, *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 46. n. 244, fev. 1998, p. 141.

constitucional em prever a responsabilidade estatal em situações de maior gravidade não é limitar tal responsabilidade. Ao contrário, é privilegiar tal situação específica.

Para tal, utiliza o exemplo da responsabilidade por danos nucleares do art. 21, XXIII, alínea c, da CF, que afasta incontestavelmente a análise da existência da culpa para apuração da responsabilidade por danos nucleares. Tal raciocínio está correto. Se a intenção de uma norma específica é limitar a responsabilidade, deve fazer de maneira expressa. Ao contrário, prever expressamente a responsabilidade em situação de alta gravidade (como a dos danos nucleares e da prisão indevida e do erro judiciário, essa última no capítulo especificamente destinado aos direitos fundamentais), sem a sinalização de que se estaria restringindo o alcance da norma do §6º do art. 37, jamais poderá ser interpretado como uma norma limitadora.

Com base nessas ideias, conclui-se que o regime geral da responsabilidade do Estado, aprioristicamente extensível aos casos de responsabilidade do Estado por condutas judiciais (inclusive de natureza jurisdicionais) – conforme demonstrado no item anterior –, não fora excepcionado pelo inciso LXXV do artigo 5º da Constituição quando se trata de outras condutas judiciais que não o erro judiciário. Cumpre analisar, em sequência, se os demais argumentos em favor da tese da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais possuem força suficiente para justificar a imunidade estatal nesses casos e afastar a regra geral do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição.

2.3.3. Análise dos argumentos estruturantes da tese da irresponsabilidade estatal

Atualmente, conforme já apontado, a maior parte dos trabalhos doutrinários no âmbito do tema caminham no sentido de reconhecimento da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais.

Entretanto, conforme aponta Edmir Netto de Araújo,¹¹⁷ a doutrina brasileira mais antiga se posicionava tendente à tese da irresponsabilidade. O autor elenca uma série de autores que não admitiam tal forma de responsabilização do Estado.¹¹⁸ Ademais, ainda há substancial jurisprudência e restritíssima parcela da doutrina simpática aos argumentos da tese da irresponsabilidade. Por conta disso, Yussef Said Cahali aponta, em conhecidas frases (bastante repetidas nos trabalhos desenvolvidos

¹¹⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 133-135.

¹¹⁸ Dentre eles: Amaro Cavalcanti, Ruy Barbosa, Carlos Maximiliano, Pedro Lessa, Lino Leme, Carvalho Santos, Cirne Lima (esse autor passou a admitir a responsabilização por atos judiciais sem caráter jurisdicional apenas) e Pontes de Miranda (este autor alterou posteriormente seu posicionamento para admitir a responsabilização do Estado, ainda que o magistrado não fosse responsabilizado).

sobre o tema em debate), que a irreparabilidade do prejuízo causado pelo ato judicial danoso é o “último baluarte da teoria da irresponsabilidade civil do Estado”¹¹⁹ e que a “irresponsabilidade dos danos causados pelos atos judiciais, sem embargo das concessões feita à reparação dos danos resultante do erro judiciário, constitui o último reduto da teoria da irresponsabilidade civil do Estado”¹²⁰.

Analisando-se o conjunto de trabalhos desenvolvido sobre o tema elencados na bibliografia – além dos precedentes judiciais pesquisados – é possível extrair, basicamente, os seguintes argumentos para sustentar a tese da irresponsabilidade: a) ausência de texto constitucional ou legal expresso, b) soberania, c) falibilidade dos juízes, d) risco assumido pelo jurisdicionado, e) a incontrastabilidade da coisa julgada; e f) a independência da magistratura.

Todos esses, entretanto, costumam ser bastante criticados pela doutrina. Cumpre analisá-los individualmente.

i) ausência de texto constitucional ou legal expresso

Trata-se da ideia de que não há previsão específica da responsabilidade do Estado por atos e omissões oriundas do Poder Judiciário – ou, ao menos, previsão específica em relação à responsabilidade por atos jurisdicionais. Logo, somente nas situações expressas poderia se falar em responsabilidade do Estado. Assim, de acordo com tal posição, somente haveria responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais quando houvesse previsão específica.

Alguns exemplos de decisões que utilizam esse argumento são: RE n.º 219.117/PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, d.j. 03.08.1999, 1º Turma STF (“o princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei. Orientação assentada na jurisprudência do STF”); AC 6.048/3, Rel. Des. Garcia Leão, d.j. 18.05.1993, 1ª Câmara Cível TJ/MG (“os atos derivados da função jurisdicional não empenham a responsabilidade civil do Estado, salvo as exceções expressamente estabelecidas em lei”); AC n.º 74.683, Rel. Des. A. C. de Oliveira Lima, d.j. 28.08.1956, 2º Câmara Cível TJ/SP (referida decisão, contudo, foi baseada em ordenamentos constitucionais anteriores), dentre outras.

¹¹⁹ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p 509.

¹²⁰ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p 486.

Há, ainda, dois julgados bastante recentes do STF nesse sentido: AI no AgRg 803.831/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª turma, d.j. 19.03.2013; e AgRg no ARE 770.931/SC, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª turma, d.j. 19.08.2014. No inteiro teor de tais julgados, são elencados alguns outros precedentes nesse mesmo sentido. Conforme voto do relator nesse segundo julgado (que serviu de base para a formação da ementa):

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

Embora seja anterior à Constituição vigente, interessante o registro, dada a sua importância histórica (graças ao voto do Min. Aliomar Baleeiro, bastante citado nos trabalhos sobre o tema, por ser um dos precursores da tese da responsabilidade do Estado nesses casos) ao RE n.º 70.121/MG, rel. Min. Djaci Falcão, d.j. 13.10.1971, pleno do STF. Todavia, a despeito do mencionado voto, prevaleceu a tese da irresponsabilidade, dentre outros argumentos, por essa ideia da ausência de texto legal expresso (“o Estado não responde civilmente pelos atos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário, salvo nos casos expressamente declarados em lei”).

Além do já mencionado artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição, há outras normas infraconstitucionais que preveem expressamente a responsabilidade do Estado ou do magistrado. Destacam-se as seguintes: artigo 133 do Código de Processo Civil, bem como do artigo 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional;¹²¹ artigo 630 do Código de Processo Penal;¹²² artigo 1.744¹²³ do Código Civil (o Código Civil de 1916¹²⁴ previa mais hipóteses expressas do que o Código vigente); dentre outros.

¹²¹ “Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.”

“Art. 49, LOMAN - Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes. Parágrafo único - Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias.”

Nota-se que a redação de ambos é praticamente a mesma (em essência, alias, possuem o mesmo conteúdo). Todavia, a previsão do dispositivo na LOMAN, a princípio, implica na extensão do conteúdo do art. 133 para os casos não envolvendo o processo civil.

¹²² “Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. § 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a

Por conta dessas normas, passaram alguns autores a sustentar que somente poderia se cogitar da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais – ou mesmo por atos judiciais em geral, segundo posições mais extremadas – nesses casos de previsão expressa específica. Para ilustrar tal referido argumento, cita-se a posição de Aguiar Júnior, para quem:

“[o] princípio da responsabilidade objetiva, que se satisfaz com a causação do dano, não pode ser aceito no âmbito dos atos judiciais porque sempre, ou quase sempre, da atuação do Juiz na jurisdição contenciosa resultará alguma perda para uma das partes. Se esse dano fosse indenizável, transferir-se-ia para o Estado, na mais absoluta socialização dos prejuízos, todos os efeitos das contendas entre os particulares. É por isso que a regra ampla do art. 37, §6º, da Constituição, deve ser trazida para os limites indicados no seu art. 5º, LXXV, que admite a indenização quando o ato é falho (erro na sentença) ou quando falha o serviço (excesso de prisão). A partir daí, a legislação ordinária e complementar vale para delinear com mais precisão os contornos dessa responsabilidade. O Estado responde quando o Juiz age com dolo, fraude (art. 133, I, do CPC; art. 49, I, da LOMAN), ou culpa grave, esta revelada pela negligência manifesta (art. 133, II, do CPC; art. 49, II, e 56, I, da LOMAN) ou pela incapacitação para o trabalho (art. 56, III, da LOMAN).”¹²⁵

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.”

¹²³ “Art. 1.744. A responsabilidade do juiz será: I - direta e pessoal, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente; II - subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito.”

¹²⁴ São elas:

“Art. 294. Ficará subsidiariamente responsável o juiz que conceder a alienação fora dos casos e sem as formalidades do artigo antecedente, ou não providenciar na sub-rogação do preço em conformidade com o parágrafo único do mesmo artigo.”

“Art. 420. O juiz responde subsidiariamente pelos prejuízos, que sofra o menor em razão da insolvência do tutor, de lhe não ter exigido a garantia legal, ou de o não haver removido, tanto que se tornou suspeito.”

“Art. 421. A responsabilidade será pessoal e direta, quando o juiz não tiver nomeado tutor, ou quando a nomeação não houver sido oportuna.”

“Art. 1.551. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal (art. 1.550): (...) III. A prisão ilegal (art. 1.552).”

“Art. 1.552. No caso do artigo antecedente, nº III, só a autoridade, que ordenou a prisão, é obrigada a ressarcir o dano.”

O Código Civil de 2002 não tem dispositivo correspondente aos artigos 294 e 1.552 do Código de 1916. Já os artigos 420 e 421 foram praticamente repetidos no Código de 2002 no artigo 1.744, incisos II e I, respectivamente.

Em relação ao artigo 1.744, inciso I, do CC/2002 – equivalente ao artigo 421 do CC/1916 – que aponta para uma responsabilidade direta e pessoal do juiz, vide a discussão a respeito da relação da responsabilidade do Estado e do magistrado no Capítulo 6.

¹²⁵ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 20, n. 59, nov. 1993, p. 36.

Encarando esse argumento da ausência de texto legal como a simples inexistência de normas destinadas a regulamentar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, tem-se a sua total impertinência do com base nas razões apresentadas no item “2.3.1” supra. Não se requer norma específica para regulamentar tais situações uma vez que a norma geral de responsabilidade abrange perfeitamente a essas hipóteses.

Já se encarado no sentido de que as normas especiais (previstas na Constituição ou mesmo em leis) excepcionaram a responsabilidade do Estado do regime geral de responsabilidade, esse também não deverá prevalecer.

Especificamente em relação ao inciso LXXV, do artigo 5º, da Constituição, a tese de que tal dispositivo teria excepcionado a regra geral de responsabilidade também já fora rebatida no item “2.3.2” supra. Não havendo nenhuma outra norma constitucional que pudesse excluir a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais do regime geral, há de se reconhecer que a Constituição previu a responsabilidade estatal por esses atos.

De igual maneira, a simples existência dessas normas infraconstitucionais elencadas acima não tem o condão de afastar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais.

Quanto a esse ponto, há três considerações a serem feitas. Primeiramente, especificamente em relação ao art. 133 do CPC, art. 49 da LOMAN e art. 1.744 do CC, não há propriamente uma relação de especialidade entre esses dispositivos. Isso porque o dispositivo constitucional em comento apresenta-se como uma norma geral regulamentadora da responsabilidade do Estado, ao passo que esses dispositivos legais são normas que regulamentam a responsabilidade pessoal dos juízes sem mencionar em face de quem – qual sujeito ativo – esses magistrados deverão responder. Isto é, não há nenhuma indicação nesses dispositivos infraconstitucionais de que os magistrados deveriam responder diretamente à parte ou perante o Estado (na via regressiva). Assim, não há propriamente uma relação de especialidade¹²⁶ que justifique a exclusão da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais.

¹²⁶ Há, todavia, uma questão relativa ao conflito dos critérios especialidade e hierarquia a ser enfrentada nesses casos (questão essa enfrentada também no Capítulo 6): uma norma infraconstitucional teria o condão de conformar as hipóteses de responsabilidade do magistrado (pela via regressiva), sobretudo quando essa limitar a abrangência dessa hipóteses de responsabilização pessoal? Todavia, trata-se de um potencial conflito entre esses dispositivos infraconstitucionais e a parte final do parágrafo 6º, do artigo 37, da Constituição (que regulamenta a responsabilidade subjetiva regressiva) e não em relação à responsabilidade objetiva do Estado diante de terceiros.

Nesse ponto, registra-se que o PLNCPC, em seu artigo 143, praticamente repete a norma contida no artigo 133 do CPC vigente. Todavia, faz-se referência expressa ao fato de que a responsabilidade pessoal do magistrado tem natureza regressiva. Assim, caso aprovado com essa redação, não caberá mais discussões no sentido de que o CPC excepciona a regra geral da responsabilidade.

Em segundo lugar, boa parte das observações feitas anteriormente no item “2.3.2” a respeito do suposto “conflito” entre a norma do artigo 5º, LXXV, e o art. 37, §6º, ambos da CF, parecem também serem pertinentes para afastar a ideia de que essas normas infraconstitucionais excepcionaram o regime geral. A previsão expressa de uma subespécie de responsabilidade do Estado, no plano infraconstitucional, envolvendo atos do Poder Judiciário sem excluir a regra geral não tem o condão de afastar a aplicação da regra geral da responsabilidade a todos os demais casos de atos judiciais, comissivos ou omissivos, inclusive os jurisdicionais. Além disso, esses dispositivos legais, ao que tudo indica, foram normas editadas para resguardar direitos ao jurisdicionados e não restringi-los. Ademais, não há nenhum indício de que o legislador infraconstitucional intentou, com a previsão de tais dispositivos, restringir a responsabilidade do Estado àqueles casos. Portanto, seria totalmente inadequado utilizá-las para afastar uma regra geral de responsabilidade do Estado prevista na Constituição.

Por fim, ainda que se admita a existência de uma relação de especialidade entre esses dispositivos que pudesse, em tese, afastar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais – o que, conforme demonstrado, não procede – há de se levar em conta outros critérios no que tange à temática do conflito de normas vigentes. Fabiano André de Souza Mendonça¹²⁷ aponta que, entre o artigo 133 do CPC e a regra geral da responsabilidade prevista na CF, há o conflito entre o critério da especialidade e da hierarquia. A partir daí, sustenta que teoricamente deveria prevalecer o critério hierárquico, devendo a legislação infraconstitucional se adaptar à Constituição.

Sem a intenção de aprofundar no debate do conflito de normas, cumpre tecer algumas observações. Dentre as antinomias reais (de segundo grau), efetivamente, o conflito dos critérios hierárquicos e da especialidade é o mais problemático e não possui uma fórmula pré-definida para sua solução (ao contrário, por exemplo, do conflito entre os critérios hierárquicos e temporais, em que o hierárquico claramente deverá prevalecer). Todavia, há uma tendência dos autores que abordam a temática dos

¹²⁷ MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Responsabilidade civil do Estado por ato judicial inconstitucional, *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 46. n. 244, fev. 1998, p. 139-140.

metacrterios para solucao em antinomia de segundo grau em se prestigiar o hierarquico nesses casos – especialmente em se tratando de normas constitucionais gerais e normas legais especiais.¹²⁸

Prevaleceria o criterio da especialidade caso houvesse alguma razao justificavel, normalmente de ordem valorativa, como o fato de essa norma legal especial estar pautada em outra norma (geralmente principios) de mesma hierarquia da norma geral (no caso, em ambito constitucional).

Definitivamente não é o caso. Ainda que se argumente que a restricao da regra geral da responsabilidade – garantia em prol do cidadao – estivesse pautada em algum outro valor de ordem constitucional (tal como a independencia, a soberania ou outros argumentos que, conforme será abordado mais a frente, são inadequados para afastar a responsabilidade), tem-se que essas normas especiais infralegais não são limitadoras dos direitos do jurisdicionado (ao contrario, são feitas para assegurar a responsabilidade naqueles casos). Não há, portanto, alguma ligacao com qualquer outra norma constitucional no sentido de ensejar a restricao do art. 37, paragrafo 6º, da Constituicao.

Por fim, cumpre registrar que já houve um projeto de emenda constitucional em que se cogitou a previsao expressa da responsabilidade do Estado por danos causados pelos juizes no exercicio de suas funcoes jurisdicionais, ressaltando o direito de regresso contra o magistrado somente no caso de dolo. Trata-se do PEC 96/1992 que visava, dentre diversas outras coisas, inserir no artigo 95 da Constituicao um paragrafo (considerando os demais dispositivos que seria inserido nesse artigo da CF, essa norma estaria veiculada no paragrafo 4º). A redacao do dispositivo seria a seguinte:

Art. 95, § 4º: A União e os Estados respondem pelos danos que os respectivos juizes causarem no exercicio de suas funcoes jurisdicionais, assegurado o direito de regresso nos casos de dolo.

Referido Projeto de Emenda Constitucional, após serem apensados outros 5 projetos e diversos outros incidentes ao longo do processo legislativo,¹²⁹ resultou na aprovacao da conhecida Emenda Constitucional n.º 45/2004 (“Reforma do Judiciario”). Todavia, como se sabe, o dispositivo apontado não fora mantido na redacao final da emenda.

¹²⁸ Adotando esse entendimento: DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50.

¹²⁹ Em relacao ao processo legislativo, seus apensos, destaques e demais incidentes, vide: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14373>.

Embora fosse interessante a aprovação de dispositivo específico sobre o tema – a fim de encerrar qualquer tipo de dúvidas sobre a questão – o fato da EC 45/2004 ter sido aprovada sem referido dispositivo não altera a possibilidade de o Estado ser responsabilizado por atos jurisdicionais. Ora, da mesma forma que não se aprovou um dispositivo autorizando de maneira expressa a responsabilização do Estado por atos jurisdicionais, não foi aprovado nenhum dispositivo a excluindo. Logo, continua válida toda a construção argumentativa feita no presente item e nos anteriores.

Assim, inconsistente se mostra o argumento em prol da imunidade do Estado quanto à responsabilização patrimonial por atos jurisdicionais.

ii) a questão da soberania

Outro argumento levantado para sustentar a tese da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais é o da soberania. Segundo esse, o exercício da jurisdição seria uma manifestação da soberania estatal e, assim, não estaria ele sujeito à responsabilização civil pelo seu exercício.

Por exemplo, Diogenes Gasparini,¹³⁰ ainda aponta a soberania como argumento apto a afastar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais.

Embora não concorde com a sua utilização, José Guilherme de Souza assim explica a lógica do argumento: “como a soberania é intocável, ela funcionaria como um ‘campo de força’ que, envolvendo o corpo judiciário, o protegeria dos ataques dos cidadãos”.¹³¹

Essa tese é frequentemente ventilada em alguns julgados que tratam do tema. Alguns exemplos são: o já mencionado RE n.º 70.121/MG, Rel. Min. Djaci Falcão, d.j. 13.10.1971, pleno do STF (“o Estado não responde civilmente pelos atos praticados pelos órgãos do Poder Judiciário, salvo nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um dos privilégios da soberania”); o AI n.º 203.208-6, Rel. Des. Franklin Neiva, d.j. 29.04.1987, 1º Câmara do TJ/SP (“a função judiciária, embora mal desempenhada, não deixa de ser função soberana, pertencendo àquela categoria de atos que não empenham a responsabilidade civil do Estado em face dos particulares”); e a também já mencionada AC n.º 6.048/3, Rel. Des. Garcia Leão, d.j. 18.05.1993, 1º Câmara Cível do TJ/MG (“o juiz não é um servidor público

¹³⁰ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 982.

¹³¹ SOUZA, Jose Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 652, fev. 1990, p. 33.

qualquer, mas um órgão de soberania, que não se enquadra nas disposições do §6º do art. 37 da CF”); dentre outros.

Ao se deparar com essa tese, é possível encará-la de duas maneiras: a uma, a ideia de que o próprio Poder Judiciário seria detentor da soberania, portanto, seus atos não poderiam ensejar a responsabilização do Estado; a duas, jurisdição é uma manifestação da soberania do Estado – exercida por meio do Poder Judiciário – e, em decorrência disso, o seu exercício não poderia sujeitá-lo à responsabilidade civil.

Se tomado o argumento na primeira forma apontada – Poder Judiciário detentor da soberania – tem-se que ele parte de uma premissa completamente equivocada do ponto de vista conceitual e, conseqüentemente, é inábil para o embasamento da tese da irresponsabilidade. Isso porque o Poder Judiciário, seja no Brasil, seja em qualquer outro país, não se apresenta como um poder soberano.

Soberania pode ser compreendida do ponto de vista externo (internacional) e interno. Nesse primeiro, refere-se à igualdade entre os poderes dos demais Estados e à independência em relação também aos outros Estados (igualdade jurídica e não intervenção). Evidentemente, tomado nessa acepção, a soberania não teria a menor pertinência em relação às discussões da responsabilidade do Estado – ao menos que se trate de responsabilidade internacional. Já no segundo aspecto, tem-se que o Estado soberano detém um poder com supremacia sobre pessoas, bens e relações jurídicas dentro do respectivo território.

Ocorre que, ainda que do ponto de vista interno, quem detém a soberania é o Estado. Dizer que o Judiciário é soberano, significa aceitar que não existiria nenhum poder acima dele. Ao contrário, conforme aponta Di Pietro,¹³² o Poder Judiciário deve obediência às leis e, sobretudo, à Constituição.

A soberania, assim, não é atributo de determinado poder¹³³ específico.¹³⁴ E o fato do Estado ser soberano não o exime de ser responsabilizado pelos danos que vier a

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n. 198, out./dez. 1994, p. 86.

¹³³ Cumpre registrar que a expressão “Poderes do Estado” é por vezes criticada, já que se trata na realidade de divisão das funções estatais. Nesse sentido, fala-se em “separação de funções do Estado”, e não em “separação de poderes”. Todavia, vez que tal expressão se apresenta amplamente consagrada, opta-se por utilizá-la normalmente.

¹³⁴ Neste sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n. 198, out./dez. 1994, p. 86.

causar. Ademais, o Poder Executivo e o Legislativo¹³⁵ também pertencem ao Estado soberano, mas não por isso deixam de responder pelos danos causados.

De fato, a aceitação de tal argumento para afastar a responsabilidade estatal em face de atos jurisdicionais importaria na necessidade de se estender a aplicação de similar raciocínio a qualquer ato, emanado de qualquer dos Poderes ou órgãos estatais, que fossem manifestação dessa soberania. Isso certamente reduziria a pó o instituto da responsabilidade do Estado, regressando-se aos períodos em que a máxima *the king can do no wrong* imperava.

Logo, ainda que a prática do ato jurisdicional seja encarada como uma manifestação da soberania, tal fato não o condão de afastar a responsabilidade do Estado pelos danos que essa vier a ocasionar. Ora, a prática de diversos atos estatais – inclusive administrativos – pode ser encarada como manifestação da soberania da mesma maneira, sem que isso implique na imunidade estatal à responsabilidade civil.

Conforme sustenta Aguiar Júnior, “a própria soberania é una, não se repartindo entre os Três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, não obstante seja através desses órgãos e seus agentes que o Estado soberano exerce suas funções específicas”¹³⁶

Também crítico à utilização desse argumento em prol da irresponsabilidade, Marcelo Sampaio Siqueira¹³⁷ afirma que, para desempenho de suas funções, o Estado cria órgãos autônomos e independentes, porém não soberanos. É o Estado, pois, o ente que detém a soberania interna – exercício do *imperium* sobre a população dentro de seu território – e externa – não submissão do Estado a outro.

De fato, as entidades federativas (União, Estados membros, Municípios e o Distrito Federal), enquanto integrantes da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, é que são as pessoas jurídicas de direito interno – sujeito de direitos e obrigações na ordem interna – chamadas a responder nos moldes do artigo 37, §6º da Constituição Federal. Tais entes, conforme dispõe o artigo 18, *caput*, da Constituição Federal, são dotados de autonomia apenas. Não são, evidentemente, detentores de soberania – nem mesmo a interna.¹³⁸

¹³⁵ Em relação ao Poder Legislativo, a questão da responsabilidade civil do Estado também gera polêmicas.

¹³⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 20, n. 59, nov. 1993, p. 28.

¹³⁷ SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Responsabilidade do Estado: erro judicial praticado em ação civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 91.

¹³⁸ “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

Quem, de fato, possui a qualidade de soberana é a República Federativa do Brasil. Essa não se confunde com a União. É uma entidade bem mais ampla, embora seja representada pela mesma figura do Presidente da República – que age em nome da União, na qualidade de Chefe de Governo, e em nome da República Federativa do Brasil, na qualidade de Chefe de Estado.¹³⁹ Enquanto a União – e os demais entes federados – é autônoma, a República Federativa do Brasil é soberana.¹⁴⁰

Dessa maneira, a soberania (tanto interna quanto a externa) não tem o condão de afastar a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional. Primeiramente porque o Poder Judiciário não detém soberania. Em segundo lugar, porque são os entes federativos que respondem nas ações dessa natureza, mas não a República Federativa do Brasil. Finalmente, porque o fato da prática do ato jurisdicional ser encarado como uma manifestação da soberania não tem o condão de afastar tal responsabilidade. Caso contrário, a teoria da irresponsabilidade deveria se estender aos demais atos do Poder Legislativo e mesmo Executivo.

iii) falibilidade dos juízes

Outro argumento, por vezes, ventilado em julgados que adotam a tese da irresponsabilidade é o da falibilidade dos juízes. Por esse, o Estado estaria imune à responsabilidade em decorrência do reconhecimento de que os juízes, enquanto seres humanos, estariam sujeitos a eventualmente falharem no exercício de suas funções.

Tal argumento pode ser observado, exemplificativamente, nas seguintes decisões: AC n.º 92.522-1, Rel. Des. Mattos Faria, d.j. 03.11.1987, TJ/SP (“Impossibilidade de responsabilizar o Estado pela falibilidade humana nos julgamentos do Poder Judiciário” e “é tradicional no direito pátrio e está remansada na jurisprudência de nossos Tribunais em atenção à coisa julgada e à liberdade decisória dos Magistrados, que não poderia ficar à mercê de responsabilizações patrimoniais pela falibilidade humana de seus julgamentos”) e na já mencionada AC n.º 74.683, Rel. Des. A. C. de Oliveira Lima, d.j. 28.08.1956, 2º Câmara Cível TJ/SP (“se assim não fosse, o

¹³⁹ Nesse sentido, sustenta Uadi Lammêgo Bulos que “a República Federativa do Brasil é algo maior e mais pujante que o ente federativo *União*. Aquela incorpora uma ordem jurídica total, enquanto a União sedimenta-se numa ordem jurídica parcial” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 519).

¹⁴⁰ Fato esse que não se altera por conta da República Federativa do Brasil ser representada pela União no âmbito das relações internacionais – decorrência essa da junção das funções de Chefe do Estado brasileiro, Chefe de Governo Federal e Chefe do Poder Executivo na figura do Presidente da República.

exercício da judicatura não seria possível, porque os juízes são contingentes e estão sujeitos, na apreciação dos fatos, a errar como qualquer mortal”).

Com relação à falibilidade dos juízes, é indiscutível que, de fato, ela pode ocorrer. Como ser humano, o magistrado está sujeito a falhar no exercício de suas atribuições. Todavia, a aceitação dessa premissa como verdadeira não tem o condão de levar à conclusão de que o Estado seja, por conta disso, irresponsável por esses atos falhos dos juízes.

Primeiramente, porque as premissas “os magistrados são serem humanos”, “os seres humanos são falíveis” e “os magistrados podem falhar ao exercerem suas funções” não levam, por óbvio, à conclusão de que o Estado seria irresponsável pelos atos jurisdicionais. A única conclusão a que se pode chegar é a de que os magistrados, ao exercerem suas funções, poderiam falhar e que essas falhas poderiam eventualmente causar danos aos jurisdicionados ou mesmo a terceiros. Não se conclui, contudo, que o Estado seria irresponsável por esses danos.

Além disso, vale lembrar que os administradores públicos – bem como quaisquer outros agentes públicos – também são falíveis, sem que isso importe em uma escusa de responsabilidade do Estado.

Alias, parece ser até mesmo intuitivo que a falibilidade dos magistrados não implica na irresponsabilidade do Estado, mas sim, ao contrário, na maior necessidade de existir tal responsabilização. Conclusão semelhante chegou Rosimere Ventura Leite ao sustentar o seguinte:

“se a falibilidade dos juízes é um dado inegável, em nada impede o dever do Estado de indenizar, pelo contrário, reforça essa responsabilidade, pois o cidadão não é obrigado a suportar determinados prejuízos, podendo também configurar-se a responsabilidade pessoal do juiz”¹⁴¹

Em sentido semelhante Augusto do Amaral Dergint contrapõe esse argumento afirmando que “a falibilidade do juiz (em razão de sua natureza humana), que não implica em sua irresponsabilidade pessoal, bem como o princípio da independência da magistratura, antes justificam do que excluem a responsabilidade do Estado”.¹⁴²

A inconsistência de tal argumento aparenta ser tão latente, e a construção argumentativa que leva a premissa da falibilidade dos juízes (de fato existente) ao

¹⁴¹ LEITE, Rosimeire Ventura. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 112.

¹⁴² DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais, *Revista dos Tribunais*, a. 83, v. 710, dez. 1994, p. 227.

consequente da irresponsabilidade civil (seja do Estado, seja do magistrado) tão carente de lógica, que parece ser até mesmo desnecessário rebatê-lo.

Todavia, é possível especular a respeito das razões pelas quais esse argumento fora desenvolvido. Ao que parece, a ideia que pode ter levado à sua construção é a noção de que o magistrado (ou mesmo o Estado) não poderia ser responsabilizado pela solução (fundamentada) dada a determinado caso, fruto de interpretação jurídica e suas convicções, quando a sentença for reformada ou quando, após o trânsito em julgado, algum outro entendimento passasse a prevalecer, por exemplo.

Se forem essas as razões por traz de tal argumento, não parece que seja um problema de “falibilidade” dos magistrados, mas sim de seu livre convencimento e de sua independência – pontos esses debatidos no item “vi” a seguir. Isso porque o fato de uma sentença ser reformada, ser fruto de um entendimento minoritário, ser contrária à decisão não vinculante de tribunais superiores ou mesmo ser incompatível com um entendimento posterior (até mesmo adotado pelo próprio magistrado, fruto de uma alteração de posicionamento) prevalecente, não significa que o magistrado tenha falhado ao decidir (desde que a decisão seja devidamente fundamentada e motivada, com base em uma interpretação minimamente plausível dos fatos, das provas e do direito).

Não há qualquer razão para a adoção da tese da irresponsabilidade com base no argumento da falibilidade.

iv) risco assumido pelo jurisdicionado

Associado a esta ideia de falibilidade dos juízes, tem-se o argumento do risco assumido pelo jurisdicionado. Ele é ventilado, por exemplo, no voto do Ministro Pedro Chaves proferido no julgamento do RE 32.518/RS, rel. Min. Villas-Boas, d.j. 21.06.1966, da 2ª Turma do STF (“o autor ora recorrente não foi frustrado no seu direito de exigir a prestação jurisdicional do Estado por atos dos funcionários, e sim por força do próprio risco processual que assumiu ao intentar a queixa, num procedimento regulado por lei federal, cujos prazos por demais exíguos, levavam quase sempre à prescrição, até mesmo nesta mais alta instância”).

A doutrina afasta essa tese pelo fato de que a jurisdição não é facultativa,¹⁴³ não restando outra opção ao jurisdicionado – não havendo que se falar em assunção de risco

¹⁴³ Ressalvados os casos dos meios alternativos de solução de conflito, que, como se sabe, são inviáveis em inúmeros casos.

por ele. Ademais, mesmo em serviços públicos cuja utilização pelo particular é facultativa, não se exclui a responsabilidade estatal.

Augusto do Amaral Dergint¹⁴⁴ refuta a ideia de que o estado seria irresponsável em decorrência de o jurisdicionado ter assumido, tanto no âmbito da jurisdição cível como penal, o risco de um eventual erro judiciário. Isso porque esse erro advém de um serviço público que, além de ser imposto aos indivíduos, é prestado em benefício de toda a coletividade, ainda que de maneira indireta.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que igualmente refuta essa noção, “seria inaceitável que, para afastar a responsabilidade civil do Estado, se admitisse a possibilidade de serviço judiciário que não fosse adequado; ao Estado cabe zelar pelo bom funcionamento da Justiça, como pelo de qualquer outro serviço a seu cargo”.¹⁴⁵

A tese do risco, em verdade, parte de duas premissas erradas. A primeira delas é a que existiria uma efetiva facultatividade para o jurisdicionado acessar o Poder Judiciário. Já segunda é pautada na equivocada ideia de que essa (falsa) facultatividade traria por consequência a irresponsabilidade do Estado.

Quanto a essa primeira premissa, há algumas considerações que afastam a ideia de facultatividade. Primeiramente, se as partes foram litigar, é porque não conseguiram, muito provavelmente, solucionar o conflito sem recorrer à justiça.

Ora, bastante difícil imaginar que determinado indivíduo tenha acionado o Poder Judiciário, com todos os seus inconvenientes (morosidade, custas processuais, angústias, etc.), se a questão pudesse ser resolvida, da maneira satisfatória às suas pretensões, por outra via mais efetiva e menos tormentosa.

Em relação aos outros meios de composição, ou eles dependem da exclusivamente da vontade da outra parte (como no caso da renúncia do direito ou o reconhecimento jurídico do pedido por parte do outro indivíduo), ou se dão pela autocomposição bilateral (negociação, mediação, conciliação, etc.) ou simplesmente requerem que o indivíduo abra mão de direito (renúncia do direito seu ou reconhecimento jurídico do pedido da outra parte). Ou seja, o único caso em que se depende exclusivamente da sua vontade ocorre quando o indivíduo abre mão de seu direito ou se sujeita completamente à pretensão da outra parte, o que demonstra não haver qualquer facultatividade em se sujeitar a um processo judicial.

¹⁴⁴ DERGINT, Augusto do Amaral. Responsabilidade do Estado por atos judiciais, *Revista dos Tribunais*, a. 83, v. 710, dez. 1994, p. 227.

¹⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n. 198, out./dez. 1994, p. 89.

Quanto à arbitragem, duas observações devem ser feitas. Primeiramente, ela está restrita a alguns casos específicos, todos relativos a direitos patrimoniais disponíveis de pessoas capazes, conforme o artigo 1º da Lei 9.307/96. Em segundo lugar, ainda que ela não dependa da vontade das partes para determinação do conteúdo da solução do conflito (como no caso da mediação ou da conciliação), ela depende do consenso das partes para ser instaurada, seja ele prévio (cláusula compromissória) ou posterior (compromisso arbitral) a referido conflito. Assim, a arbitragem não tem o condão de tornar verdadeira a afirmação de que a jurisdição seria facultativa.

Ademais, cumpre observar que, em relação ao réu de uma ação judicial, não há efetivamente o menor espaço para se discutir qualquer facultatividade para com o ajuizamento da ação. Quando ele é citado para uma demanda, não houve qualquer facultatividade sua, em princípio, para que se chegasse ao ponto da ação ser ajuizada. Nas ações penais, menos espaço ainda há para se falar em facultatividade do réu que se submete à pretensão punitiva estatal. Descabida, portanto, a ideia de que tenha assumido qualquer tipo de risco.

Por fim, não se pode perder de vista o fato de que uma das condições da ação no processo civil é o interesse de agir. Embora haja alguma divergência quanto a seu exato conteúdo,¹⁴⁶ é possível afirmar que essa condição da ação apenas é configurada com a verificação do requisito da necessidade. Haverá necessidade sempre que o autor não puder obter o bem da vida pretendido sem a devida intervenção do Poder Judiciário. Assim, se a necessidade da intervenção judicial faz parte do interesse de agir, que é uma das condições da ação, tem-se por completamente falaciosa a ideia de que haveria uma facultatividade do jurisdicionado em acionar o Poder Judiciário.

Já quanto à segunda premissa, ainda que se admita a facultatividade da jurisdição, tal fato seria totalmente inábil para afastar a responsabilidade do Poder Judiciário no âmbito da prestação desses serviços.

De maneira geral, em nenhuma esfera do Direito se cogita afastar a responsabilidade de determinada pessoa – física ou jurídica – pelo simples fato de o indivíduo lesado ter optado livremente por estabelecer algum tipo de relação jurídica com a causadora do dano.

¹⁴⁶ Em geral, entende-se que o interesse de agir associa-se intimamente com a utilidade da prestação jurisdicional, que, por sua vez, consiste no binômio necessidade-adequação. Todavia, alguns autores rejeitam a ideia de que a adequação seja um dos requisitos para a configuração do interesse de agir.

Se um indivíduo opta livremente por celebra um contrato com outro, tal fato não tem o condão de afastar a responsabilidade (contratual ou mesmo extracontratual) de qualquer um deles. Se o consumidor opta por contratar os serviços de uma empresa X e não da empresa Y, isso não tem o condão de afastar a responsabilidade daquela. E mesmo no âmbito da responsabilidade extracontratual do Estado, o fato de o indivíduo ter optado por usufruir determinado serviço público – remunerado ou não – mesmo quando poderia perfeitamente não utilizá-lo, tal fato em nada interfere na possibilidade de o Estado ser objetivamente responsável, com base no artigo 37, §6º, da Constituição, pelos danos que causar.

Ora, ninguém cogita afastar a responsabilidade objetiva do Estado – ou de eventual delegatária deste serviço público – pelos danos suportados por um particular, imputado aos serviços do metrô, por exemplo, porque ele poderia ter escolhido outro meio de transporte para se deslocar – com a utilização do próprio veículo ou utilizado os serviços de viação.

Desta maneira, não há qualquer plausibilidade em se afastar a responsabilidade do Estado pelos danos causados pela prática de atos jurisdicionais, sob o argumento do risco assumido pelo jurisdicionado. Ao contrário, quando o Estado avoca para a si a prestação de determinado serviço (em sentido amplo), o que ocorre é a assunção desse risco pelo ente público em relação aos eventuais danos causados aos cidadãos.

Em complemento a essas considerações, tem-se que o argumento do risco assumido pelo jurisdicionado pode ainda ser criticado, do ponto de vista mais ideológico, por apresentar nitidamente bases contratualistas. Isso porque ele transmite a ideia de voluntariedade do cidadão em submeter o seu litígio ao Poder Judiciário, o que, conforme já apontado, mostra-se uma noção bastante falsa, ou, ao menos, de uma voluntariedade de concordar com a transmissão ao Poder Judiciário do poder de decidir os litígios ao aceitar viver em sociedade.

Ainda assim, caso se considere a noção do contratualismo como fundamento do risco que o jurisdicionado assume, tem-se que essa noção sequer é suficiente para afastar a responsabilidade do Estado. Ora, ainda que tome como verdadeira a noção de que o cidadão tenha concordado em submeter ao Estado-Juiz a apreciação de seus litígios, caberia ao Estado a obrigação de resguardar a vida, o patrimônio, bem como os demais direitos desse cidadão. Essa, alias, é justamente o fundamento da teoria da relação contratual (explicada no capítulo anterior) que, embora bastante criticável (justamente por ter bases contratualistas), tem o escopo exatamente de fundamentar a

existência de uma responsabilidade do Estado pela atividade judicial, mas não afastá-la.¹⁴⁷

v) inconstabilidade da coisa julgada

O argumento da coisa julgada é bastante utilizado para sustentar a tese da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. Reconhecendo sua relevância, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que “[e]ssa teoria apresenta o mais forte argumento em favor da irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicional: o reconhecimento da responsabilidade acarretaria ofensa à coisa julgada”.¹⁴⁸

Coisa julgada pode ser definida como o impedimento de que uma sentença (ou acórdão), após o trânsito em julgado (pelo exaurimento de todas as vias recursais ou mesmo por não caber mais nenhum recurso devido à preclusão), sofra modificações. Caso essa sentença ou acórdão não possa mais ser modificado apenas por qualquer meio processual dentro do processo em que foi proferida – ou seja, impedimento de caráter endoprocessual – haverá a chamada coisa julgada formal. Qualquer que seja a espécie de sentença (terminativa ou definitiva), em qualquer tipo de processo (conhecimento, execução ou cautelar), chegar-se-á em algum determinado momento ao trânsito em julgado e, portanto, fará coisa julgada formal.

Por sua vez, é possível que a sentença, com o trânsito em julgado (e consequente formação da coisa julgada formal), também adquira a características da imutabilidade – não podendo mais ser rediscutida, portanto – não apenas no âmbito do mesmo processo, mas também por outros processos. Tem-se aí a formação da coisa julgada material. Esse efeito apenas é atingido por sentenças de mérito. No PLNCPC, o conceito de coisa julgada material é definido no artigo 489 da seguinte maneira: “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recursos”. O argumento da coisa julgada, invocado por aqueles que defendem a tese da irresponsabilidade do Estado, pauta-se, evidentemente, na noção de coisa julgada material.

A ideia do argumento pode ser resumida da seguinte maneira. Alega-se que o ordenamento jurídico brasileiro não comportaria a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais porque, caso fosse admitida, estar-se-ia transgredindo a coisa julgada

¹⁴⁷ Sobre tal teoria, vide: BARRAZA, Javier Indalecio. *Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la actividad judicial*. Buenos Aires, Republica Argentina: El Derecho, 2006, p. 17-19.

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n. 198, out./dez. 1994, p. 86-88.

(material). Assim, a coisa julgada, conforme se extrairia do próprio ordenamento, apenas poderia ser relativizada pelos institutos revisão criminal e da ação rescisória, mas não pela ação de responsabilidade. Admitindo-se a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, estar-se-ia a admitir a violação da coisa julgada em casos diversos além dos admitidos pelo ordenamento.

Referido argumento ainda tem algum respaldo doutrinário, sobretudo, em relação ao seguinte posicionamento: a responsabilidade do Estado pelas sentenças e acórdão – atos jurisdicionais por excelência – transitados em julgado e protegidos pela coisa julgada somente poderia ocorrer nos casos em que tais decisões fossem rescindidas previamente.

Em âmbito penal, tal rescisão se dá pela revisão criminal (estando, inclusive, a responsabilidade do Estado prevista no inciso LXXV, artigo 5º, da Constituição, e no artigo 630, do Código de Processo Penal), não sujeita a prazo. Já na esfera cível, essas decisões são rescindidas pela ação rescisória (prevista entre os artigos 485 e 495 do Código de Processo Civil vigente).

A título de exemplo, é possível mencionar o AR n.º 3.776-1, Rel. Des. Ivan Righi, d.j.06.12.1990, do TJ/PR, em que se acolheu o argumento de que a coisa julgada afastaria a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional (“A responsabilidade civil do Estado, quando se trata de prejuízo resultante de ato jurisdicional, encontra grave obstáculo na coisa julgada. A sentença dotada dessa autoridade torna-se ‘imutável e indiscutível’ (CPC, art. 467); adquire ‘força de lei nos limites da lide e das questões decididas’ (idem, art. 468): não sobra espaço para que se lhe questione o acerto”).

Ruy Rosado de Aguiar Junior, exemplo de doutrinador que adota tal posicionamento, defende que “dentro do nosso sistema constitucional, é irrecusável ser a coisa julgada obstáculo ao surgimento de um direito de indenização contra o Estado enquanto subsistir a sentença transitada em julgado”.¹⁴⁹ Argumenta o autor que o ordenamento jurídico brasileiro não admite a convivência de duas sentenças antagônicas igualmente eficazes, uma vez ser inconciliável tal oposição. Por uma exigência lógica, tal antagonismo deveria ser evitado.

Cumprе observar, desde já, que o argumento da coisa julgada, caso considerado hábil, impediria a responsabilização do Estado apenas em relação às sentenças e

¹⁴⁹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 20, n. 59, nov. 1993, p. 29.

acórdãos de mérito transitados em julgado e que fizeram coisa julgada material, estando excluídos de tal imunidade as sentenças terminativas, todos os demais atos jurisdicionais, bem como as sentenças e acórdão de mérito rescindidos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵⁰ aponta que os autores que sustentam a impossibilidade de responsabilização do Estado com base na coisa julgada, pautam seus argumentos em dois aspectos: a presunção de verdade da sentença transitada em julgado e a questão da segurança jurídica. O primeiro aspecto refere-se ao princípio segundo o qual *res judicata pro veritate habetur*, de modo que ela traria em seu bojo uma presunção de verdade que não admitira contestação. Já a segurança jurídica, intrínseca à questão da coisa julgada, impediria que os litígios se estendessem indefinidamente. Isso faria com que, ainda que em um processo judicial distinto, fosse rediscutida a legitimidade ou não se uma sentença.

A administrativista, entretanto, aponta alguns argumentos para derrubar a mencionada tese: primeiramente, há a questão – mencionada acima – da relatividade dessa ideia, uma vez que a coisa julgada protegeria apenas os atos jurisdicionais propriamente ditos – as sentenças – não atingindo, por exemplo, despachos, decisões interlocutórias, processos preventivos, etc. Além disso, o princípio da verdade legal da sentença tem aplicação mais compatível em países que seguem o sistema da *Common Law* – onde faz mais sentido falar em força vinculante do precedente.

Ao que tudo indica, a questão da coisa julgada (material) deve ser analisada sob dois aspectos, materializados nas seguintes perguntas: a) o instituto da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, se admitido, constituiria um meio de impugnação ou rescisão da coisa julgada? Em outras palavras, a ação de responsabilidade civil seria considerada um meio de impugnação autônomo ou extraprocessual de decisões judiciais? b) Respondida negativamente as perguntas anteriores, a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais que tenha por referência uma sentença ou acórdão de mérito transitado em julgado seria, de alguma forma, incompatível (ainda que do ponto de vista sistêmico) com a existência da coisa julgada material formada?

Em relação aos primeiros questionamentos levantados, tem-se que a ação de responsabilidade civil do Estado não se apresenta como um meio de impugnação autônomo da decisão transitada em julgado.

¹⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n. 198, out./dez. 1994, p. 86-88.

A ação de responsabilidade apresenta partes (salvo a coincidência de a ação de responsabilidade se referir a um litígio anterior travado entre o próprio autor da ação de responsabilidade e o próprio ente federativo – União ou o Estado membro – o qual o órgão judicial está vinculado), pedidos e causa de pedir diversas.

Augusto do Amaral Dergint,¹⁵¹ por exemplo, defende a prescindibilidade da rescisão da coisa julgada para que se cogite a responsabilidade do Estado. Isso porque o objeto da ação não seria a rescisão da sentença de mérito transitada em julgado. O que se busca é tão somente a reparação do dano, contra do Estado-Juiz, ocasionado por uma sentença. Essa ação terá, naturalmente, outras partes, pedido e causa de pedir.

Também em sentido semelhante, Edmir Netto Araújo aponta que

“não se procura demolir ou destruir o princípio da imutabilidade da coisa julgada, expresso no brocardo clássico de Ulpiano. O que se pretende é possibilitar a indenização ao prejudicado, no caso de erro judiciário, mesmo que essa coisa julgada não possa, dado o lapso prescricional, ser modificada”.¹⁵²

Em outras palavras, não se pretende criar com a responsabilização um meio de impugnação de sentença transrescisória, mas sim a possibilidade de uma ação de responsabilização estatal com partes, pedido e até mesmo causa de pedir diversa daquela protegida pela coisa julgada material.

Ainda que se argumente pela existência de outros tipos de ações, que igualmente constituam meios autônomos de impugnação de decisões judiciais com partes, pedidos e causa de pedir diversas, e que não podem violar a coisa julgada material, o argumento ainda se mostra inconsistente. Isso porque o objetivo da ação da responsabilidade não é a rescisão da sentença ou do acórdão (ao contrário dos meios autônomos de impugnação de decisão judicial), mas sim a condenação do Estado a uma indenização pelo dano sofrido em decorrência da decisão.

Já quanto ao segundo questionamento – relacionado à existência de alguma incompatibilidade entre a ação de responsabilidade e a coisa material formada – é possível dizer que ele é detentor de uma força persuasiva um pouco maior. Como o exemplo do posicionamento de Aguiar Junior apresentado acima, alguns autores compreendem que, ainda que a ação de responsabilidade não seja um meio de

¹⁵¹ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 186-188.

¹⁵² ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 140.

impugnação da sentença transitada em julgado, a sua admissibilidade geraria uma incompatibilidade sistêmica por conta da coexistência de duas sentenças antagônicas.

A análise dessa segunda questão deve ser feita sob dois prismas. Primeiramente, se a existência de duas sentenças divergentes com o teor da decisão antagônica é algo não tolerado em nosso ordenamento. Em seguida, se a responsabilização do Estado em decorrência de uma sentença transitada em julgado não rescindida, embora não seja exatamente um meio extraprocessual de impugnação da decisão, acarretaria violação à coisa julgada material em seu núcleo essencial: a segurança jurídica oferecida ao conteúdo dessa decisão.

Quanto ao primeiro ponto, interessante a análise de Di Pietro.¹⁵³ Para a publicista, em nosso sistema, de bases romanísticas, a presunção de veracidade atribuída às decisões judiciais não tem a mesma força que no sistema anglo-saxão, já que, de maneira geral, o precedente judicial não tem força vinculante. Assim, são frequentes as decisões judiciais proferidas em sentido completamente opostos, não sendo possível se falar em uma “verdade legal” das decisões judiciais – que, no máximo, valeria para o caso concreto em que a decisão foi proferida.

Ou seja, a coisa julgada material, ao menos em nosso sistema, não é um mecanismo que visa trazer à *ratio decidendi* da decisão a característica da imutabilidade, tampouco a força vinculante.

Além disso, cumpre lembrar que, embora essa questão ainda seja controvertida, no debate a respeito do tema da coisa julgada inconstitucional é a própria garantia da coisa julgada que pode justificar a coexistência de decisões substancialmente incompatíveis. No caso de uma sentença protegida sob o manto da coisa (soberanamente) julgada material – não podendo mais ser atacada sequer por ação rescisória devido ao transcurso do prazo de dois anos do artigo 495 do CPC – argumenta-se que ela não poderia ser modificada, mesmo estando fundamentada em determinada lei que, posteriormente, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, é o próprio instituto da coisa julgada que propiciaria a coexistência de dois provimentos judiciais (a sentença imutável e a decisão do STF no âmbito do controle de constitucionalidade).¹⁵⁴

¹⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n. 198, out./dez. 1994, p. 87-88.

¹⁵⁴ O STF já reconheceu que sentença protegida pela coisa soberanamente julgada não pode ser alterada, nem mesmo quando fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF (vide nesse

Acrescente a isso que, ao menos com nosso sistema processual atual,¹⁵⁵ sequer a parte da fundamentação da sentença é cristalizada com a consolidação da coisa julgada material, mas apenas o dispositivo da sentença – desde que não seja proposta, é claro, a ação declaratória incidental do artigo 5º do Código. Assim, nosso ordenamento admite, por exemplo, duas sentenças de conteúdo antagônico, relativas a uma mesma conjuntura fática, cujo fundamento, de uma delas, foi a nulidade de uma cláusula contratual e, da outra, a validade dessa mesma cláusula.

Não parece haver, portanto, incompatibilidade sistêmica na possibilidade de se responsabilizar o Estado em decorrência de sentença que esteja, inclusive, protegida pela coisa soberanamente julgada. Se nosso ordenamento pode conviver com mais de uma sentença protegidas pela coisa julgada que interpretam a mesma lei de modo diverso – ou mesmo, conforme visto, decidem de maneira absolutamente divergente em relação a uma questão de direito diante exatamente da mesma conjuntura fática – não há

sentido: AgR no RE 592.912/RS, rel. Min. Celso de Mello, d.j. 22.11.2011, 2ª Turma; e AgR no RE 473.715, rel. Min Carlos Brito, d.j. 25.05.2007, 1ª Turma; dentre outros julgados).

Todavia, referida questão ainda não está pacificada. Recentemente foi reconhecida a Repercussão Geral no RE 730.462/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki. O Relator, todavia, já se posicionou no sentido da jurisprudência do Supremo apontada acima, conforme o trecho a seguir: “[p]ode ocorrer e, no caso, isso ocorreu, que, quando do advento da decisão do STF na ação de controle concentrado, declarando a inconstitucionalidade, já tenham transcorrido mais de dois anos desde o trânsito em julgado da sentença em contrário, proferida em demanda concreta. Em tal ocorrendo, o esgotamento do prazo decadencial inviabiliza a própria ação rescisória, ficando referida sentença, consequentemente, insuscetível de ser rescindida por efeito da decisão em controle concentrado. Imunidades dessa espécie são decorrência natural da já mencionada irretroatividade do efeito vinculante (e, portanto, da eficácia executiva) das decisões em controle concentrado de constitucionalidade. Há, aqui, uma espécie de modulação temporal *ope legis* dessas decisões, que ocorre não apenas em relação a sentenças anteriores revestidas por trânsito em julgado há mais de dois anos, mas também em às demais situações em que o próprio ordenamento jurídico impede ou impõe restrições à revisão, qualquer que seja o motivo, de atos jurídicos ou sentenças já definitivamente consolidados no passado. São impedimentos ou restrições dessa natureza, v.g., a prescrição, a decadência e a coisa julgada. Isso significa que, embora formados com base em preceito normativo declarado inconstitucional (e, portanto, excluído do ordenamento jurídico), certos atos pretéritos sejam públicos, sejam privados não ficam sujeitos aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade porque a prescrição, a decadência ou a coisa julgada inibem a providência extrajudicial (v.g., o lançamento fiscal) ou o ajuizamento da ação própria (v.g., ação constitutiva, executiva ou rescisória) indispensável para efetivar o seu ajustamento à superveniente decisão do STF”. Assim, ainda que a questão não esteja pacificada, a tendência é a manutenção da posição da Corte no sentido de se impossibilitar que sentenças de mérito soberanamente julgadas (após 2 anos) não possam ser alteradas ainda que fundadas em lei posteriormente declaradas inconstitucional pelo STF.

¹⁵⁵ Discute-se, todavia, no debate legislativo do novo CPC a extensão dos efeitos da coisa julgada material à parte da fundamentação da sentença.

Ao longo do debate, discutiu-se a inserção de dispositivo para ampliar os limites objetivos da coisa julgada [*Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, o juiz, assegurado o contraditório, a declarará na sentença, com força de coisa julgada*].

Todavia, no substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados (o qual esse estudo se baseia), não foi contemplado dispositivo exatamente com esse teor. Ademais, dispõe o artigo 515 do PLNCPD o seguinte: *Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.*

Resta, assim, aguardar a opção final do legislador para verificar como a questão será resolvida.

problema algum na convivência de uma sentença transitada em julgado com uma condenação do Estado pelos danos sofridos por algum indivíduo em decorrência dessa sentença – desde que configurados os requisitos da responsabilidade do Estado, evidentemente.

Além disso, há um ponto ainda mais importante a ser analisado: a questão do verdadeiro beneficiário da segurança jurídica.

Embora seja importante a sensação geral de segurança jurídica em uma sociedade, ao que parece, a benesse da segurança jurídica trazida pela garantia da coisa julgada apresenta como destinatário direto somente aquele que teve a seu favor a respectiva sentença favorável – ou a parte dela que lhe foi favorável. A coisa julgada é, assim, em verdade uma garantia que beneficia diretamente apenas aquele que teve o provimento judicial a seu favor. O Estado não se apresenta como beneficiário da coisa julgada em determinada lide – ressalvado, por óbvio, as lides em que o próprio Estado figurar em um dos polos da ação e tiver, em favor de si, uma sentença total ou parcialmente favorável.

Luiz Rodrigues Wambier, tratando do tema em comento, afirma que a coisa julgada “reporta-se diretamente à garantia de segurança jurídica, que deve presidir toda atividade jurisdicional e que se constitui num valor consensualmente aceito pela sociedade como necessário ao equilíbrio das relações negociais e pessoais”.¹⁵⁶ Percebe-se assim que não é o Estado-Juiz o grande destinatário da segurança jurídica propiciada pela coisa julgada, mas sim a parte exitosa na demanda. A coisa (soberanamente) julgada material visa à estabilização das relações jurídicas entre as partes envolvidas no litígio, e não imunizar o Estado por eventuais danos que causar relacionados à prestação jurisdicional que ofereceu às partes envolvidas nessa relação processual. Estender a proteção do núcleo essencial da coisa julgada ao Estado prestador da jurisdição é ampliar indevidamente a essência do instituto.

Ademais, nesses casos de lide travada entre dois particulares, a responsabilidade do Estado pelo ato jurisdicional pode ser um mecanismo que visa reparar o indivíduo que sofreu indevidos danos decorrentes da má prestação dos serviços judiciário, inclusive, por conta da impossibilidade do indivíduo reverter tal decisão – que continuará beneficiando a parte exitosa na demanda. Não parece haver qualquer violação à coisa julgada nesse ponto.

¹⁵⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Responsabilidade civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 633, jul. 1988, p. 39.

Além disso, não se pode deixar de lado o fato de que as próprias demandas de responsabilização do Estado sujeitam-se a um prazo prescricional – em relação a esse ponto, ver o Capítulo 6, item 6.2, “i” – que tem por referência marcos temporais relativos aos fatos relevantes que embasam a demanda cujo objeto é a responsabilização do Estado. Desta maneira, não há que se falar em violação da segurança jurídica, pois o mecanismo que garante a estabilização temporal da relação jurídica entre o Estado e o cidadão lesado nesses casos, e conseqüentemente a segurança jurídica, é o prazo prescricional da ação de responsabilidade.

Assim, a coisa julgada não parece ser argumento suficiente sequer para impedir a responsabilização do Estado pelas sentenças e acórdãos de mérito transitados em julgado, ainda que não rescindidos.

Desenvolvidos esses argumentos, cumpre trazer, a título ilustrativo, um caso hipotético em que a proteção da coisa julgada em benefício da parte vencedora não se mostra como um empecilho para a responsabilização do Estado: “A” possui um litígio judicial contra “B”, e ambas as teses sustentadas pelos advogados de cada uma das partes são plausíveis. Assim, qualquer solução à lide dada pelo magistrado, desde que devidamente fundamentada, seria perfeitamente aceitável. Decide-se a lide em favor de “B”. Ocorre que, após dois anos do trânsito em julgado da decisão em referido processo, é descoberto que, o(s) magistrado(s) envolvido(s), teria(m) recebido dinheiro para decidir uma lide anterior travada entre “C” e “D” (muito semelhante à lide travada entre “A” e “B”) em favor desse último (que, nessa lide, ocuparia posição semelhante à “B”). Tudo isso teria ocorrido pouco antes de se decidir a lide travada entre “A” e “B”. Constata-se inclusive que ao receber(em) dinheiro para decidir a lide em favor de “D”, esse(s) magistrado(s) teria(m) alterado o entendimento anteriormente por ele(s) adotado em processos anteriores aos dois mencionados.

Tem-se nesse hipotético exemplo um caso em que a coisa julgada deve prevalecer em benefício de “B” – indivíduo que em nada participou dos atos de corrupção ativa e passiva praticados, respectivamente, por “D” e os magistrados – privilegiando-se a segurança jurídica em favor desse indivíduo. Nesse caso, sequer seria possível o ajuizamento da ação rescisória com base no artigo 485, inciso I, do CPC, por duas razões. Pelo transcurso do prazo de dois anos para ajuizar a ação rescisória ou pelo fato de que os atos de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz não terem sido praticados especificamente em relação ao processo envolvendo “A” e “B” – o dispositivo exige especificamente que a sentença de mérito a ser rescindida tenha sido

proferida com base nesses atos criminosos, não podendo, a princípio, serem utilizados os atos de corrupção relacionados a outros processos.

Todavia, embora haja uma decisão judicial transitada em julgado, com impossibilidade de ser rescindida, parece caber perfeitamente a responsabilização do Estado, nesses casos, pelos danos ocasionados a “A”, devido à má prestação dos serviços jurisdicionais. Isso porque, nesse caso, pareceria claro que os magistrados decidiram em favor de “B” para não causar estranheza quanto à alteração do posicionamento quando da decisão da lide travada entre “C” e “D”. Tem-se aí um caso de responsabilização por ato jurisdicional, acobertado pela coisa julgada, que pode ensejar a responsabilização do Estado. Nesse exemplo, fica bastante claro que o beneficiário da segurança jurídica é “B” e não o Estado.

Ainda quanto à tese da coisa julgada, cumpre tecer algumas considerações levando-se em conta a maneira pela qual o direito internacional encara o tema. Aparentemente, a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais parece ser aceita com muito mais naturalidade nessa seara. O próprio argumento da coisa julgada é deixado de lado, de maneira que as Cortes Internacionais tendem a reconhecer uma decisão transitada em julgado como um ato de Estado que, como qualquer outro, pode violar direitos humanos.¹⁵⁷

A própria doutrina internacionalista encara com naturalidade que responsabilização internacional do Estado não configura uma extensão do litígio. Conforme sustenta André de Carvalho Ramos, “o órgão internacional que constata a responsabilidade internacional do Estado *não possui o caráter de um tribunal de apelação ou cassação, contra o qual pode ser oposta a exceção da coisa julgada*”.¹⁵⁸ Segue ainda o autor: “portanto, as instâncias internacionais não reformam a decisão interna, mas sim condenam o Estado infrator a reparar o dano causado”.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Nesse sentido: CARVALHO RAMOS, André de. Direitos humanos e responsabilidade internacional, in MENEZES DIREITO; CANÇADO TRINDADE; PEREIRA (org.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo - estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2008, p. 603 e 610-614.

¹⁵⁸ CARVALHO RAMOS, André de. Direitos humanos e responsabilidade internacional, in MENEZES DIREITO; CANÇADO TRINDADE; PEREIRA (org.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo - estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2008, p. 612.

¹⁵⁹ CARVALHO RAMOS, André de. Direitos humanos e responsabilidade internacional, in MENEZES DIREITO; CANÇADO TRINDADE; PEREIRA (org.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo - estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2008, p. 613.

A Corte Interamericana possui um precedente, o caso *Cesti Hurtado* contra o Estado peruano, em que se refutou o argumento da coisa julgada para afastar a responsabilidade internacional do Estado. A Corte rejeitou a preliminar apresentada pelo Peru em que se veiculou o argumento no sentido de que a coisa julgada impediria a revisão do teor da decisão judicial interna, uma vez que tinha transitado em julgado. Afirmou a corte que não havia identidade de demandas e que não se buscava no processo rever o teor da decisão passada em julgado.¹⁶⁰ O mesmo foi reconhecido no caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)* contra o Chile. Entendeu-se que a Corte não estaria desprezando o princípio da coisa julgada ao analisar violações de direitos humanos cometidos por meio de decisão judicial, já que as partes dessa demanda eram outras – a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Estado Chileno.¹⁶¹

Nota-se que a “ação interna” de responsabilização do Estado possui, conforme já desenvolvido, a mesma finalidade da ação internacional: reparar o dano causado pelo Estado-Juiz e não estender indevidamente a lide.

Por fim, cumpre registrar a existência de ordenamentos que, de fato, exigem a necessidade de se rescindir a sentença antes de se responsabilizar o Estado. Todavia, tal exigência é feita da maneira expressa pela legislação.

Maria José Rangel de Mesquita,¹⁶² ao estudar o regime da responsabilidade do Estado por ato judiciário do ordenamento português e suas desconformidades em face da sistemática instituída no Direito comunitário europeu, dá importante destaque para o seguinte ponto: o Direito português, que regulamentou a responsabilidade do e Estado previsto na Constituição da República Portuguesa de 1976 por meio da Lei 67/2007 (e posteriores alterações, notadamente a Lei 31/2008), previu um regime especial da responsabilidade por erro judiciário, distinto dos demais atos do Poder Judiciário.¹⁶³

¹⁶⁰ Decisão do caso disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_56_esp.pdf. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

¹⁶¹ Decisão do caso disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

¹⁶² MESQUITA, Maria José Rangel de. Responsabilidade do Estado por acto judiciário. *Revista da Esmape*, Recife, v. 15, n. 31, jan./jun. 2010, p. 366-373.

¹⁶³ Referida lei criou, em seu Capítulo III que regulamenta a responsabilidade do Estado por danos imputáveis à função jurisdicional, dois regimes de responsabilidade (além de regulamentar, no artigo 14, a responsabilidade pessoais dos magistrados):

a) Regime geral (art. 12): aplicável aos atos e omissões “administrativas” ou “processuais” – não são propriamente jurisdicional – em que é prevista a responsabilidade por atos ilícitamente causados pela administração da justiça (não há, portanto, responsabilidade por atos lícitos nesse regime). Nesse remete-se ao regime de responsabilidade por fatos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa.

Esse regime trouxe expressamente que, para haver a responsabilidade do Estados nesses casos, seria necessária a prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente. Ou seja, não seria possível a análise e o pronunciamento direto, na ação de responsabilização do Estado, sobre a questão da “bondade intrínseca” das decisões judiciais, devendo haver o prévio requisito da desconstituição da decisão.¹⁶⁴

Ocorre que, a despeito dessa previsão interna, o Direito da União Europeia apresenta-se como incompatível com tal exigência por algumas razões apresentadas pela administrativista portuguesa, dentre as quais interessa ao presente estudo mais diretamente duas: a) os requisitos comunitários fixados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça são, pelo Direito Europeu, necessários e suficientes para caracterizar o direito dos particulares à reparação e, a prévia desconstituição, não é um desses requisitos;¹⁶⁵ e b) a autonomia processual dos Estados membros tem limite no princípio da efetividade (não poderia, assim, as regras processuais portuguesas restringirem a efetividade do alcance da garantia de reparação de danos contra os erros judiciais). Conclui assim a

b) Regime especial (art. 13): de responsabilidade por erro judiciário, relativo à responsabilidade do Estado por fatos materialmente (ou propriamente) jurisdicionais, que contempla: b.1) a decisão jurisdicional manifestamente injustificada por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de fato; e b.2) de decisão jurisdicional manifestamente inconstitucional ou ilegal.

Há no Direito português, ainda, conforme alerta Mesquita, outro regime especial externo a esse mencionado diploma – previstos na Constituição portuguesa, bem como no Código de Processo Penal português – que trata da sentença penal condenatória injusta e da privação injustificada da liberdade (MESQUITA, Maria José Rangel de. Responsabilidade do Estado por acto judiciário. *Revista da Esmape*, Recife, v. 15, n. 31, jan./jun. 2010, p. 360).

¹⁶⁴ Quanto a esse requisito, questiona a administrativista lusitana se essa “prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente”, que funda o pedido da indenização, só pode ser feita por meio dos mecanismos processuais disponíveis para o efeito (o que em nosso ordenamento equivaleria aos recursos e demais meios de impugnação de decisão judicial, inclusive da ação rescisória e, no âmbito penal, a revisão criminal), fato que certamente restringiria significativamente os casos de responsabilização (dada as hipóteses de preclusão das decisões), ou se haveria um direito à revogação da decisão jurisdicional danosa implícito na garantia constitucional regulamentada pela mencionada Lei 67/2007 (ainda a ser criado pelo ordenamento jurídico português). Defende a autora essa segunda posição.

¹⁶⁵ Segundo a jurisprudência europeia, os requisitos para a configuração da responsabilidade civil do Estado são: a) regra do direito comunitário violada deve se destinar a conferir direitos a particulares; b) a violação ser suficientemente caracterizada (grave e manifesta); e c) existir um nexo causal direto entre tal violação e o dano. No caso da responsabilidade do Estado imputável ao exercício da função jurisdicional, a jurisprudência do Tribunal de Justiça europeu (confirmada nos casos *Köbler* e *Traghetti del Mediterraneo*), o requisito da “violação suficientemente caracterizada” estará configurado quando a decisão judicial violar manifestamente a jurisprudência do TJ em matéria de obrigação de reenvio prejudicial (MESQUITA, Maria José Rangel de. Responsabilidade do Estado por acto judiciário. *Revista da Esmape*, Recife, v. 15, n. 31, jan./jun. 2010, p. 366-370). A decisão de referidos casos pode ser consultada nos seguintes links:

Caso *Köbler*:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d627aebd04dd0a45bfb47cdb437232966a.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuOaN50?text=&docid=71430&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=349515>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

Caso *Traghetti del Mediterraneo*:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=55182&pageIndex=0&doclang=PT&dir=&occ=first&part=1&cid=128629>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

publicista que esse requisito da prévia revogação da decisão danosa “não é aplicável quando esteja em causa a responsabilidade do Estado por incumprimento do Direito da União Europeia imputável à função jurisdicional”.¹⁶⁶

Apona ainda que, até mesmo em países em que houve previsão expressa da necessidade da prévia revogação da decisão judicial, há autores (com os quais ela concorda) que sustentam a necessidade de se criar mecanismos processuais específicos para a desconstituição da decisão para os fins específicos da responsabilização do Estado (afora os normais mecanismos processuais de impugnação de decisões judiciais). Além disso, tal regra não é encarada de maneira absoluta, haja vista que o próprio direito internacional e direito comunitário pode flexibilizar tal exigência.

Ou seja, se o direito português trouxe em sua legislação infraconstitucional a prévia revogação da decisão como requisito – inexistente em nível constitucional ou mesmo no direito comunitário –; tal previsão, segundo a autora, em realidade configurou um verdadeiro “direito à revogação no caso de decisão jurisdicional manifestamente inconstitucional ou ilegal ou injustificada por erro grosseiro nos respectivos pressupostos de facto”.¹⁶⁷

O que se procurou demonstrar com a menção ao trabalho da autora é que, mesmo em países onde houve previsão expressa da exigência da prévia desconstituição da coisa julgada, essa não é vista como um empecilho ao direito de reparação.

Portanto, diante de todo o exposto, não há razão para que se exija no Brasil – onde sequer há uma regra constitucional ou legal expressa com tal exigência da prévia desconstituição da decisão – de modo absoluto a desconstituição da decisão transitada em julgado para a responsabilização do Estado por atos propriamente jurisdicionais. Tem-se, portanto, a impropriedade do argumento da coisa julgada, até mesmo em relação à exigência da prévia desconstituição da sentença de mérito transitada em julgado.

vi) independência da magistratura

Finalmente, o último argumento que dá sustentação à tese da irresponsabilidade a ser analisado é a questão da independência da magistratura.

¹⁶⁶ MESQUITA, Maria José Rangel de. Responsabilidade do Estado por acto judiciário. *Revista da Esmape*, Recife, v. 15, n. 31, jan./jun. 2010, p. 372.

¹⁶⁷ MESQUITA, Maria José Rangel de. Responsabilidade do Estado por acto judiciário. *Revista da Esmape*, Recife, v. 15, n. 31, jan./jun. 2010, p. 362.

Constantemente, referido argumento é mencionado em julgados para se afastar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. Vide, por exemplo, os seguintes casos: AC n.º 232.057-1, Des. Rel. Alexandre Germano, d.j. 07.08.1995, 1ª Câmara Civil de Férias do TJ/SP; AC n.º 262.107, Des. Rel. Sidney Sanches, d.j. 09.08.1977, TJ/SP (“A independência funcional, inerente à Magistratura, tornar-se-ia letra morta se o juiz, pelo fato de ter proferido decisão neste ou naquele sentido, pudesse ser acionado para compor perdas e danos em favor da parte A ou B pelo fato de a decisão ser reformada pela instância superior”), etc.

Joel Dias Figueira Júnior,¹⁶⁸ ao discorrer sobre os aspectos sociopolíticos do tema da responsabilidade do Estado-Juiz, destaca que o conflito ideológico entre o objetivo de se minimizar os atos e comportamentos negativos que se proliferam no cotidiano forense – o autor fala até mesmo em uma crise institucional do Poder Judiciário – e a necessidade de se afastar qualquer tipo de condicionamentos ou limitações que poderiam ocasionar abalos estruturais à independência do Poder Judiciário. Ressalta a importância do esforço em se analisar o tema da responsabilidade do Estado-Juiz com base no enquadramento analítico do seguinte trinômio axiológico: a responsabilidade do Estado, o livre convencimento do julgador e a independência do Poder Judiciário.

A questão da independência e a importância de se buscar um sistema de responsabilização (em sentido amplo) que a harmonize com a necessidade de controle e responsabilidade da magistratura já foi bastante debatida no capítulo anterior. Da mesma maneira, o papel da responsabilidade civil do Estado e dos magistrados no âmbito desse equilíbrio também já foi abordado. Assim, todas as conclusões do referido capítulo parecem ser suficientes para demonstrar que, ao menos em questões mais amplas de ordem sociopolítica e estrutural, a convivência do instituto da responsabilidade extracontratual do Estado voltados aos atos e omissões judiciais e a independência da magistratura é perfeitamente possível – mais do que isso, essa coexistência harmônica extremamente desejável.

Resta aqui, deste modo, averiguar se a independência da magistratura e dos magistrados, como argumento jurídico, tem o condão de afastar a responsabilidade do Estado especificamente em relação aos atos propriamente jurisdicionais.

¹⁶⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-Juiz: estado e juízes constitucionalmente responsáveis: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá Editora, 1995, p. 15-23.

Aparentemente, trata-se do argumento mais relevante do ponto de vista substancial, ao lado da questão da coisa julgada, sustentado pelos defensores da tese da irresponsabilidade.

Afirma-se que a possibilidade de responsabilização do magistrado por suas decisões (ainda que em ação regressiva) poderia violar sua imparcialidade e influenciar sua livre convicção para a tomada de decisões em determinados processos.

Além disso, há o receio de que o aumento das condenações do Estado poderia trazer aos magistrados uma considerável preocupação em não ocasionar esses danos. Isso afetaria reflexamente, de maneira negativa, o bom desempenho das suas funções institucionais, pois passariam os juízes a atuar mais preocupados com a não geração de danos do que propriamente encontrar a melhor solução para o caso concreto.

Além disso, a responsabilização dos juízes poderia pressioná-los a seguirem cegamente decisões superiores, o que inibiria a liberdade dos magistrados em aplicar o direito de acordo com suas convicções.

Em relação especificamente à responsabilização por omissão, o receio estaria na possibilidade de que a pressão para decidir demandas de maneira demasiadamente acelerada (de acordo com metas, de acordo com o volume recebido, etc.) poderia pressionar os juízes a priorizarem a quantidade em detrimento da qualidade (voltando a preocupação dos magistrados mais para a celeridade processual em prejuízo da melhor solução do litígio).

Uma crítica que a doutrina costuma abordar é a insuficiência dessa ideia para afastar a possibilidade de responsabilização do Estado. Apenas poderia potencialmente ser afastada a responsabilização subjetiva do magistrado (direta ou por meio da ação regressiva, conforme o ordenamento de cada país). Trata-se da impropriedade preliminar do argumento para se afastar especificamente a responsabilidade extracontratual do Estado.

Além disso, a irresponsabilidade do magistrado traria um risco ao próprio cidadão-jurisdicionado – que são (ou ao menos deveriam ser) os verdadeiros protegidos pelas garantias conferidas à magistratura – e ao próprio Estado. Nesse sentido, interessante a análise de Oreste Nestor de Souza Laspro:

“um juiz independente e irresponsável passa a consistir um risco à sociedade e ao próprio Estado, na medida em que irá se sobrepor aos demais poderes e à própria lei. A bem da verdade, não só a independência, mas todas as garantias que são dadas aos magistrados não devem ter outro escopo que não o de

permitir sua submissão exclusiva à lei, o que, em caso de descumprimento, gera responsabilidade”.¹⁶⁹

Afirma ainda o processualista que é na responsabilização que se verifica que se o juiz faz uso da garantia da independência em prol do jurisdicionado e não em benefício próprio.

Para a análise crítica do argumento, é importante observar que a expressão “independência da magistratura” pode comportar algumas ideias e argumentos de contornos não exatamente idênticos (embora correlacionados). Todavia, seja no debate do tema da responsabilidade extracontratual do Estado, seja em debates mais amplos, como feito no primeiro capítulo, a expressão parece ser utilizada de maneira indistinta para indicar qualquer um desses sentidos. Logo, para não se cometer o equívoco de confrontar argumentos e contra-argumentos referenciados em sentidos um pouco distintos entre si da noção da independência dos magistrados, opta-se aqui por analisar a potencialidade do argumento para se afastar o instituto da responsabilidade patrimonial em três sentidos distintos.

A primeira ideia ora identificada que a “independência” pode se referir é a do Judiciário em relação aos demais poderes e outros órgãos estatais (independência orgânica do Poder Judiciário) – fruto da separação de poderes, consagrada no artigo 2º da Constituição.

Nessa acepção, a independência não tem força para afastar a responsabilidade patrimonial do Estado por atos judiciais – inclusive na espécie atos jurisdicionais. Isso porque as ações de responsabilidade do Estado por condutas judiciais (inclusive os jurisdicionais) são decididas, assim como qualquer outro caso, pelo próprio Poder Judiciário.

Referida discussão mostra-se mais relevante quando se fala em responsabilidade dos magistrados a nível disciplinar – ou seja, responsabilidade administrativa dos magistrados enquanto agentes públicos – ou mesmo da responsabilidade política – que em alguns países, conforme visto, acaba se confundido com a própria responsabilidade disciplinar. Ou seja, apenas ganha importância em discussões mais amplas do controle e responsabilidade do Poder Judiciário (vide, por exemplo, a questão do isolamento da magistratura e da submissão do Poder Judiciário nos modelos de responsabilização propostos por Mauro Cappelletti). Todavia, tomada nessa acepção, a independência

¹⁶⁹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 124-125.

mostra-se totalmente inábil para sustentar a tese da irresponsabilidade extracontratual do Estado.

Interessante o registro de que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já refutou o argumento da independência do Poder Judiciário tomado nessa acepção para afastar a responsabilidade internacional do Estado. No caso “meninos de rua” (*Villagrán Morales e outros*),¹⁷⁰ sentenciado em 19 de novembro de 1999, afastou-se o argumento de defesa do Estado-réu Nicarágua – em relação a acusações quanto a violações do artigo 25¹⁷¹ da Convenção Americana de Direitos Humanos – no sentido de que o malferimento a tal dispositivo fora ocasionada pelo Poder Judiciário, órgão independente do Poder Executivo. Apontou a Corte que a responsabilidade é do Estado como um todo, mas não de um poder específico.

Já em um segundo aspecto, a independência pode ser compreendida como a liberdade de decisão e formação do livre convencimento dos magistrados individualmente considerados – ou mesmo do órgão colegiado. Tal liberdade pode ser exercida em relação aos demais magistrados, em relação ao Poder Judiciário como um todo, em relação aos órgãos de controle da magistratura, ou mesmo em relação à sociedade (grupos econômicos, grupos com força política, etc.). Pode ela, assim, ser interna ou externa. Aparentemente, é mais próximo dessa noção que o argumento da independência está baseado.

Associa-se intimamente com o princípio da independência funcional dos magistrados. Trata-se de princípio implícito da Constituição brasileira (em diversas outras é prevista expressamente) a partir do qual outras garantias da magistratura decorrem – tais como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, que possuem previsão expressa. É disciplinada, todavia, no Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.¹⁷²

¹⁷⁰ Decisão do caso disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

¹⁷¹ “Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados-partes comprometem-se:

a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.”

¹⁷² “Artigo 8º - Garantias judiciais.

Como se sabe, tal independência de cada magistrado está restrita à liberdade desses praticarem atos de caráter jurisdicional, conforme sua atividade de dizer e interpretar o Direito, não podendo ser forçado a mudar seu convencimento pessoal por ordem de órgão do Poder Judiciário de “superior hierarquia” (salvo exceções previstas pelo próprio ordenamento, como súmulas vinculantes, decisões do controle de constitucionalidade de caráter vinculante e eficácia *erga omnes*, etc.), ou por pressão de órgãos ou grupos externos. Limita-se, naturalmente, aos atos propriamente relacionados ao exercício da jurisdição – fato esse que autoriza a existência de sistemas de controle disciplinar da magistratura, materializados no Brasil pelos sistemas internos de correição de cada Tribunal e pelo Conselho Nacional de Justiça.¹⁷³ Isso naturalmente relativizaria o campo do argumento para os atos propriamente jurisdicionais.

Referido aspecto da independência, entretanto, não se mostra suficiente para afastar a responsabilidade do Estado sequer por atos jurisdicionais. Primeiramente porque ela é uma garantia que, embora conferida ao juiz, tem por pano de fundo os interesses dos próprios cidadãos e jurisdicionados. Não há qualquer sentido em limitar o direito à recomposição do dano suportado pelo jurisdicionado em decorrência de uma garantia que, no fundo, é para ele oferecida. Essa imunidade (seja ela encarada do ponto de vista interno ou externo) não autoriza que o magistrado ou o órgão judicial atuem (ainda que de maneira não intencional) livremente para cometer danos ao cidadão ou, mais especificamente, o jurisdicionado.

Ademais, há outros agentes do Estado que podem exercer suas funções com uma liberdade de atuação mais acentuada do que em relação aos “servidores comuns” (como os diretores de agências reguladoras). Todavia, não se cogita da imunidade à responsabilidade do Estado em relação a atos e omissões desses servidores, tampouco da imunidade desses servidores em relação à ação regressiva. Também gozam de independência funcional, conforme previsão expressa, os membros do Ministério Público (artigo 127, §1º, da Constituição) e Defensoria Pública (artigo 134, §4º, da Constituição).

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, *independente* e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (grifos nossos)

¹⁷³ Alias, ao julgar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.367/DF, Re. Min. Cezar Peluso, d.j. 13.04.2005, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, o STF declarou a constitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional n.º 45/2004.

É verdade que a independência do juiz tem substanciais peculiaridades. Tratando do argumento da independência tomado nesse segundo sentido, André Dias Fernandes compreende que a independência dos magistrados seja diferenciada em relação à dos demais servidores. Destaca que a “independência funcional do juiz é muito mais digna de proteção diferenciada que a dos demais servidores públicos, pela magnitude dos interesses envolvidos e pela própria natureza da função jurisdicional”.¹⁷⁴ Todavia, sustenta que ela deve ser ponderada com o princípio da responsabilidade do Estado, não importando na imunidade em relação à responsabilidade.

O argumento de que a imunidade apenas poderia eventualmente restringir a responsabilidade do magistrado e não a do Estado cabe perfeitamente quando ela é tomada nessa acepção. Ora, se a responsabilização patrimonial do magistrado pode trazer certo receio ao decidir a ponto de afetar sua liberdade e independência, o mesmo não se pode dizer quando a responsabilização patrimonial for do Estado. Ainda que se diga que, mesmo nesse caso, o magistrado poderia continuar receoso com a possibilidade de o Estado ser responsabilizado, tem-se que esse “peso” seria infinitamente menor.

Em verdade, a utilização da independência nesse segundo sentido parece ser um reflexo da errada impressão de que o reconhecimento da possibilidade, em abstrato, da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais abriria portas para que o jurisdicionado, insatisfeito com o resultado da lide, ingressaria com a ação de responsabilidade sempre que a sentença fosse contrária a seus interesses. A ideia de que a ação seria uma procrastinação da lide após o trânsito em julgado parece ser, igualmente, reflexo dessa falsa noção. Todavia, esquece-se que a responsabilidade do Estado apenas é reconhecida quando da configuração de todos os seus requisitos, com todas as suas exigências.

A independência, assim, não deve ser utilizada para afastar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. Contudo, ela pode funcionar como um norte para que se interpretem os requisitos da responsabilidade estatal por condutas judiciais, e, sobretudo, para a verificação da ação regressiva contra o magistrado.

Cumprir registrar uma última observação quanto a essa segunda acepção. A independência, embora seja importantíssima e auxilie na compreensão de outros

¹⁷⁴ FERNANDES, André Dias. Responsabilidade do Estado e do juiz por atos jurisdicionais na jurisprudência do STF, *Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo*, São Paulo, n. 8, 2º quin. abr. 2004, p. 305.

institutos, não possui um conteúdo pré-delimitado. Ao contrário, o próprio ordenamento jurídico dá conformação ao instituto.

Como foi dito, as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, previstas nos incisos do artigo 95 da CF, estão intimamente ligadas à independência funcional dos juízes. São garantias que conferem contornos ao princípio da independência, delimitando auxiliando na delimitação de seu conteúdo. Contudo, em nenhum momento nosso ordenamento jurídico (seja na Constituição, seja na órbita infraconstitucional) conferiu (implícita ou explicitamente) aos magistrados a imunidade absoluta em relação a ações de responsabilidade civil (ainda que na via regressiva), como fora feito, por exemplo, na Inglaterra.

Ainda mais equivocada a conclusão de que foi conferida, em decorrência da independência, a imunidade ao Estado. Para que uma garantia dessa magnitude fosse conferida – limitando a regra geral de responsabilidade do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição e, conseqüentemente, restringindo o direito do cidadão ao ressarcimento – deveria ser feita de maneira expressa e em nível constitucional.

Não parece correto, do ponto de vista interpretativo, presumir que a suposta garantia da imunidade (bastante limitadora do direito do jurisdicionado) seria um aspecto implícito do princípio da independência dos magistrados, ao menos que ela fosse absolutamente imprescindível para a efetividade desse princípio. Ao contrário, conforme desenvolvido no capítulo anterior, a responsabilidade civil do Estado e dos magistrados pode perfeitamente se encaixar num modelo equilibrado de responsabilização da magistratura que leve em conta o binômio responsabilidade-independência.

Enfim, um terceiro aspecto da independência liga-se à noção de imparcialidade do magistrado. Refere-se à necessidade de se observar uma equidistância do juiz em relação às partes, bem como pela impessoalidade de sua atuação – afastando-se, assim, o tratamento discriminatório indevido, por meio de privilégios e perseguições indesejadas no âmbito dos processos. Trata-se da independência como imparcialidade ou equidistância.

Se tomada a noção de independência nesse aspecto, tem-se uma total impropriedade da sua utilização para afastar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. Ao contrário, ela reforça ainda mais a necessidade de haver a responsabilização.

Como visto, a independência, se compreendida na segunda acepção, apresenta-se como uma garantia conferida em benefício dos magistrados para resguardar o direito dos cidadãos-jurisdicionados. Ou seja, é uma garantia direta dos magistrados e indireta do cidadão. Por sua vez, nesse terceiro aspecto, ela sequer se apresenta como garantia direta dos magistrados. Tem por beneficiário (direto) o próprio jurisdicionado. Portanto, dizer que o magistrado teria a prerrogativa de atuar com imparcialidade não é adequado. Há um verdadeiro dever de atuar dessa maneira na condução dos processos. Logo, a aptidão para se afastar a responsabilidade estatal nessa terceira acepção é menor ainda do que na segunda.

Se a atuação ou omissão do magistrado ou de qualquer servidor visar beneficiar ou prejudicar alguma das partes e, por isso, gerar um dano à outra, fundamental se mostra a responsabilização.

Conforme discorre Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹⁷⁵ embora seja indiscutível a necessidade de se garantir a independência, ela não poderia justificar a isenção de responsabilidade do Estado por seus atos, sobretudo quando esses forem graves. De fato, a atuação do Poder Judiciário sem a devida imparcialidade de seus membros é fato preocupante, que não poderia ficar infenso à responsabilidade.

Portanto, a independência da magistratura, em qualquer desses sentidos, não se mostra suficiente para afastar a responsabilidade por condutas judiciais, inclusive por atos jurisdicionais.

Ademais, conforme visto no capítulo anterior, a sistemática de responsabilização direta do Estado – com a responsabilidade pessoal do magistrado apenas na via regressiva – pode ser um mecanismo que contribua para a tutela da independência (tomada nessa segunda acepção apresentada), uma vez que viabiliza o que Cappelletti denominou de “efeito escudo” contra ações vexatórias ou impertinentes.

Defendendo as benesses dessa sistemática, Fabiano André de Souza Mendonça¹⁷⁶ sustenta que a responsabilidade por esses atos judiciais não vai de encontro ao juiz, mas sim ao Estado. Caso contrário, a responsabilidade poderia ser prejudicial à própria democracia, justamente por atentar contra a independência da magistratura. Aponta ainda que a assunção da responsabilidade direta nesses casos – e, no regime jurídico brasileiro, no caso de qualquer servidor público – nada mais é do que

¹⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n. 198, out./dez. 1994, p. 89.

¹⁷⁶ MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Responsabilidade civil do Estado por ato judicial inconstitucional, *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 46. n. 244, fev. 1998, p. 138.

o preço que o Estado paga pela paz social e pelo risco assumido ao evocar para si determinada tarefa.

2.4. A melhor saída: o apego aos requisitos da responsabilidade do Estado

Tendo em vista os argumentos desenvolvidos ao longo do presente capítulo, conclui-se pela impertinência da tese da irresponsabilidade para afastar a responsabilidade do Estado por atos e omissões do Poder Judiciário, inclusive aqueles típicos desse poder.

Todavia, o reconhecimento da possibilidade apriorística de haver a responsabilização não implica na banalização desse instituto, tampouco na assunção, pelo Estado, da obrigação de ressarcir todos aqueles que se mostrarem insatisfeitos com o resultado de uma demanda judicial.

No caso específico da responsabilidade por atos propriamente jurisdicionais, o simples fato de uma parte restar vencida em determinada lide (devido ao acolhimento pelo juiz da tese da parte contrária), ainda que existam outras ações em que se decidiu no sentido da sua tese, não é motivo suficiente para se responsabilizar o Estado – menos ainda o magistrado.

Nessa linha, Canotilho¹⁷⁷ aponta que o Estado não poderia ser responsabilizado pela interpretação que deu à norma jurídica ou pelo valor que atribui aos fatos, caso contrário restaria comprometido o funcionamento da justiça bem como a independência da magistratura.

Oportuno, igualmente, quanto a esse tema, a menção das palavras de Wanderley José Federighi, para quem:

“[o] ato do juiz, ensejador da reparação, não haverá de ser, por exemplo, a mera adoção da tese de uma das partes, que lhe é apresentada. A divergência nas teses jurídicas é própria da atividade daqueles que lidam com o direito, e não se pode entender que a mera adoção de uma ou outra tese, mesmo que haja reforma do julgado pelo Tribunal, dê ensejo a que a parte prejudicada venha a Juízo, exigindo uma reparação.”¹⁷⁸

Também nesse sentido, Joel Dias Figueira Júnior¹⁷⁹ aponta que o “erro judiciário em sentido estrito” não pode ser confundido com avaliação e valoração das provas,

¹⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 660.

¹⁷⁸ FEDERIGHI, Wanderley José. O dano moral causado por ato jurisdicional, *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, a. 1, n. 3, maio/out. 1997, p. 65.

¹⁷⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-Juiz: estado e juízes constitucionalmente responsáveis: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá Editora, 1995, p. 60.

tampouco com a interpretação da norma jurídica por parte do julgador. Caso contrário, estar-se-ia afetando frontalmente o livre convencimento.

Ainda quanto a esse ponto, interessante o registro de que o direito italiano prevê, no artigo 2º, item 2, da já mencionada *Legge* 117/1988, a exclusão de qualquer responsabilidade nas hipóteses de interpretação da norma jurídica ou na valoração dos fatos e das provas.¹⁸⁰

Todavia, essas ressalvas não implicam na total irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, atos judiciais não jurisdicionais ou pela omissão judicial. O que se mostra necessário ao estudar qualquer dessas hipóteses é prestigiar a análise aprofundada dos requisitos específicos para a verificação da responsabilidade em cada espécie, voltados às peculiaridades de cada uma dessas condutas potencialmente desencadeadoras dessa responsabilidade.¹⁸¹

Esses próprios requisitos indispensáveis para que surja o dever de indenizar já afastariam a responsabilidade nesses casos de interpretação da norma jurídica e valoração dos fatos e das provas – dentro de certos limites, é claro. O dano, por exemplo, não é configurado com a simples existência de um prejuízo. Deve haver, dentre uma série de outras coisas, o fato de o indivíduo que sofreu o prejuízo não ter a obrigação de suportá-lo.

Assim, a exploração das hipóteses em que as condutas oriundas do Poder Judiciário poderiam resultar em danos ao cidadão, das características e dos requisitos específicos de cada uma dessas espécies, são os pontos mais relevantes a serem enfrentados – mais importantes, inclusive, que o debate em torno das teses da irresponsabilidade, que já deveriam estar superadas.

Em relação ao ato propriamente jurisdicional, por exemplo, é possível especular algumas espécies em que seria possível cogitar da responsabilidade. Dentre elas: ato jurisdicional doloso do magistrado, ato jurisdicional fruto de erro grave (“teratológico”),¹⁸² ato jurisdicional contrário à decisão superior de efeitos vinculantes

¹⁸⁰ “Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove”. A importância desse aspecto da lei é ressaltada por Vincenzo Vigoriti (VIGORITI, Vincenzo. La responsabilità del giudice in Italia, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 75, jul./set. 1994, p. 79).

¹⁸¹ Em verdade, o prestígio aos requisitos da responsabilidade deve existir em qualquer estudo sobre hipóteses específicas desencadeadoras da responsabilidade do Estado, independentemente da origem do ato (comissivo) ou omissão.

¹⁸² Sustentando a responsabilidade do Estado nesses casos de “erro teratológico”: FEDERIGHI, Wanderley José. O dano moral causado por ato jurisdicional, *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, a. 1, n. 3, maio/out. 1997, p. 65.

(súmulas vinculantes, decisões de efeito vinculante e *erga omnes* do controle principal de constitucionalidade,¹⁸³ etc.), atos jurisdicionais que ensejam dano independentemente de qualquer erro ou culpa de magistrados, etc.

A realização de uma abordagem aprofundada da responsabilidade do Estado pelo ato (comissivo) jurisdicional típico, entretanto, demandaria um estudo específico bastante aprofundado. Isso fugiria, evidentemente, dos objetivos do presente trabalho.

Assim, passa-se a partir daqui, após essa abordagem mais geral desses dois primeiros capítulos, a focar na questão específica da responsabilidade do Estado por omissão.

¹⁸³ Fabiano André de Souza Mendonça, tratando da responsabilidade do Estado por ato jurisdicional inconstitucional, sustenta que em caso de decisão constitucional superior, de efeitos retroativos (*ex tunc*), é que se poderá discutir a responsabilização do Estado por inconstitucionalidade superveniente (MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Responsabilidade civil do Estado por ato judicial inconstitucional, *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 46. n. 244, fev. 1998, p. 123).

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO

Analisado o papel da responsabilidade do Estado em um âmbito mais amplo de controle da atividade da magistratura, bem como a possibilidade de responsabilização extracontratual do Estado pelos atos oriundos do Poder Judiciário, cumpre adentrar no tema específico da omissão. Com o escopo de dar suporte para a análise específica da omissão judicial, desenvolvida nos próximos capítulos, cumpre realizar uma abordagem mais geral da responsabilidade do Estado por omissão, especialmente de seus requisitos configuradores.

Importante, de início, a distinção entre obrigação e responsabilidade. A primeira refere-se à noção de dever jurídico originário ou primário que, ao ser violado, pode (não obrigatoriamente) gerar um dano.¹⁸⁴ A segunda, por sua vez, consiste nas consequências suportadas pelas pessoas às quais a violação do dever jurídico primário é imputada.¹⁸⁵

Quando as consequências da violação de um dever jurídico originário – ou seja, de uma obrigação – forem a reparação de um dano consequente, diz-se que há responsabilidade civil.¹⁸⁶ Essa consiste no dever jurídico sucessivo (derivado ou secundário), imputado a determinada pessoa, decorrente da violação de um dever jurídico originário que resultou em um dano – aqui sim há a noção de causalidade entre o dever violado e o dano. Sérgio Cavalieri Filho define responsabilidade civil como “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.¹⁸⁷

Essa concepção tem por base, evidentemente, as origens civilistas do instituto, mais apegada à noção de ilicitude do ato ou da omissão que levou a ocasionar o dano. Em se tratando de responsabilidade civil extracontratual do Estado, não há um

¹⁸⁴ Embora pressuponha a violação de um dever jurídico primário, é possível se cogitar da responsabilização sem ocorrência de dano (ou, ao menos, de um dano no plano concreto), como na responsabilização penal em crimes de perigo abstrato. Porém, quando se trata da responsabilidade extracontratual do Estado, a ocorrência de um dano é um de seus pressupostos.

¹⁸⁵ Destaca-se, também, que é possível a responsabilização de determinada pessoa, mesmo que essa não seja diretamente responsável pela violação do dever jurídico: é o caso da responsabilização por ato de terceiro. Por isso, fala-se em *imputação*.

¹⁸⁶ Entende-se aqui a responsabilidade como *todas as consequências jurídicas*, impostas a quem se imputa a responsabilidade, resultantes da violação de um dever primário, e não exclusivamente os deveres jurídicos secundários decorrentes (que são, em verdade, espécies dessas consequências), uma vez que a responsabilização pode trazer consequências que não se enquadram propriamente na categoria dos deveres jurídicos (por exemplo, a suspensão dos direitos políticos decorrentes da responsabilização em uma ação de improbidade). Contudo, haja vista a natureza cível da responsabilidade extracontratual do Estado, pautada na necessidade de reparação de danos causados a particulares, tem-se a necessidade de focar a responsabilidade do Estado no dever jurídico secundário de se restabelecer o desequilíbrio inerente a um dano (decorrente da violação a dever jurídico primário).

¹⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2.

necessário apego à noção da ilicitude do ato que origina o dano. Todavia, o caráter ilícito do dano suportado pelo particular continua presente para que ela seja configurada.

É possível dizer, portanto, que a responsabilidade extracontratual do Estado, como qualquer outra modalidade de responsabilidade civil, possui uma função predominantemente reparadora – estando o aspecto punitivo, repressivo ou mesmo preventivo em segundo plano, como mero efeito indireto da condenação.¹⁸⁸

Além dessa função de recomposição do dano, a responsabilidade estatal é um importante instrumento de garantia do Estado Democrático de Direito. Como outros institutos do direito administrativo, ela teve sua evolução histórica inicial contextualizada no período em que o direito público visava estabelecer limitações ao poder estatal – quando houve grande evolução dos chamados direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão.

Assim, como nesse período inicial a ideia era repelir a atuação estatal violadora de direitos dos particulares – enquanto a exigência de prestações positivas do Estado ficava em segundo plano – dificilmente discutia-se a responsabilidade do Estado dissociada do cometimento de um ato ilícito – fruto, também, da forte influência exercida pelo Direito Civil sobre o instituto em suas primeiras etapas evolutivas. Do mesmo modo, viu-se um campo menos favorável ao desenvolvimento da responsabilidade Estatal pela via omissiva, uma vez que a dificuldade de se discutir a ilicitude da omissão de um Estado que, em essência, era menos proativo.

O desenvolvimento da ciência jus administrativista e o aumento do papel do Estado – constatável, por exemplo, no amplo rol de direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão e das normas programáticas previstos na Constituição de 1988 – contribuiu para a evolução das teorias que dão suporte à responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, até se chegar à consolidação das teorias objetivas da responsabilidade estatal.

Será aqui evitada uma abordagem mais detalhada da evolução das teorias da responsabilidade do Estado, para não se desviar dos objetivos do presente trabalho.¹⁸⁹

¹⁸⁸ A responsabilidade do Estado que aqui se refere é classificada como civil (pois visa recompor um dano), na modalidade extracontratual ou aquiliana (imposta pelo ordenamento jurídico e distinta, portanto, da responsabilidade oriunda dos contratos administrativos, ou mesmo dos meros contratos da Administração, em que o dever jurídico originário violado tiver origem em um contrato). Evidentemente, haja vista seu conteúdo econômico, é também classificada como patrimonial.

¹⁸⁹ Para uma abordagem doutrinária do tema, vide, por exemplo: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1000-1006; ARAUJO,

Sem prejuízo, é possível dizer brevemente que a doutrina aborda tal evolução em algumas fases. Primeiramente, havia períodos em que o Estado se apresentava irresponsável no plano civil por todos seus atos, denominados de fase da irresponsabilidade Estatal – chamado também de “teoria regalista”, no âmbito da qual se utilizava a expressão *the king can do no wrong*. Posteriormente, experimentaram-se períodos em que o Estado não respondia pelos seus atos classificados como “atos de império” – atos de manifestação da soberania – porém respondia civilmente pelos chamados “atos de gestão”, marcando a transição para a fase civilística da responsabilidade. Em um segundo momento, passou o Estado a responder sem a distinção entre os atos de império e de gestão, mas ainda pautado na teoria subjetiva da responsabilidade civil, trazendo ao cidadão o difícil ônus de provar o requisito da culpa atribuído ao Estado ou a seus agentes.

Em uma etapa de transição para o sistema atual, respondia o Estado não mais com bases exclusivamente de direito privado, mas ainda atrelado a uma noção de culpa (“culpa anônima”). Enfim, chegou-se à chamada fase publicística, pautada na responsabilidade objetiva do Poder Público, em que essa, para ser configurada, é aferida sem a necessidade de apreciação do requisito da culpa. Classicamente, referida teoria costuma ser subdividida nas teorias do risco administrativo – mais tolerante às chamadas causas excludentes da responsabilidade estatal e predominante em nosso ordenamento – e teoria do risco integral – nas quais não se aplicam tais excludentes.¹⁹⁰

Registra-se, por fim, que tal evolução não se deu por uma simples sucessão de uma teoria por outra. Ao contrário, identifica-se a coexistência das mesmas em um mesmo período. Além disso, a evolução também não se deu de maneira uniforme no espaço.¹⁹¹

Desde que se consolidou a aplicação da teoria objetiva, a doutrina administrativista, em quase sua totalidade, estruturou a responsabilidade em três requisitos (ao menos na modalidade comissiva): ato ou fato, dano e nexos.

Em nossa Constituição, o dispositivo que veicula a regra geral da responsabilidade civil do Estado é o artigo 37, §6º, disciplinando que:

Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 770-784; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 607-612, etc.

¹⁹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 548.

¹⁹¹ Enquanto na França já se admitia, em âmbito jurisprudencial, a publicização da responsabilidade estatal desde 1873, nos EUA e na Inglaterra a teoria da irresponsabilidade estatal apenas foi superada após a Segunda Guerra Mundial.

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

Nota-se que nessa regra geral o requisito da culpa foi mencionado de maneira expressa somente em relação à ação regressiva, ao passo que os outros três requisitos mencionados podem ser extraíveis do comando com base em um exercício de hermenêutica.

A doutrina, ao interpretar o dispositivo, aparentemente caminha para um consenso no sentido de que ele veicula duas regras: a responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva subsidiária do agente.¹⁹² Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que a regra da responsabilidade objetiva do citado dispositivo exige: que o ato lesivo seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público ou de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público; que, nesse último caso, a pessoa de direito privado, ao causar o dano, efetivamente preste serviço público, e não atividade econômica de direito privado;¹⁹³ que o dano seja causado a terceiro, em decorrência da prestação do serviço público (residindo nesse aspecto o nexo de causa e efeito); que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas (o que inclui agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a Administração); e que o dano seja causado nessa qualidade (deve agir no exercício de suas funções).¹⁹⁴

Em âmbito infraconstitucional, não há nenhuma lei geral destinada a disciplinar a responsabilidade extracontratual do Estado. Tramita, entretanto, no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 412 de 2011,¹⁹⁵ de origem na Câmara dos Deputados,

¹⁹² Mesmo uma considerável parcela daqueles que sustentam a responsabilidade subjetiva nos casos omissivos, conforme será apontado, admite que o artigo 37, §6º, da Constituição traz uma norma de responsabilidade objetiva do Estado. O que se argumenta é que tal dispositivo remete apenas aos atos comissivos.

¹⁹³ Digno de se registrar a existência de qualificada doutrina que entende haver responsabilidade objetiva mesmo nos casos de entidades da Administração Indireta que explorem atividade econômica de natureza privada – devendo a expressão “serviços públicos” ser interpretada em seu sentido mais amplo (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da Administração Pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A Questão da Omissão. Uma Visão a partir da Doutrina e da Jurisprudência Brasileiras, in FREITAS (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 316-324).

¹⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 613-614.

¹⁹⁵ Referido projeto, proposto pelo deputado Hugo Leal, encontra-se desde 08/04/2012 na Comissão de Finanças e Tributação (CFT) da Câmara dos Deputados, aguardando-se do relator designado. Foram apensados a ele os PL's n.º 923 e 2.763, ambos de 2011. Ele pode ser consultado em:

tratando do tema. Da maneira como está disciplinada a matéria, o projeto também aponta para a adoção da teoria objetiva da responsabilidade (inclusive para os casos de omissão).¹⁹⁶

Nota-se, portanto, que a configuração da responsabilidade do Estado com base nesse tripé (ato ou fato, nexa e dano) atualmente encontra-se bastante consolidada, fundamentando a adoção da teoria objetiva – na modalidade risco administrativo, por conta da admissão das excludentes.

Ocorre que, no âmbito da responsabilidade por omissão, sobretudo na doutrina brasileira, a identificação da teoria aplicada é questão bastante polemizada, havendo forte corrente que sustenta a aplicação da teoria subjetiva. A análise do requisito do dano e, sobretudo, da “ação omissiva” – ou simplesmente inação – estatal também se dá de modo mais complexo em comparação à responsabilidade pela via comissiva.

Há também recente corrente que sustenta a existência de um requisito autônomo da imputação objetiva para configuração da responsabilidade estatal.¹⁹⁷ Assim, ao se analisar o requisito do nexa de causalidade – que já se mostra bastante complicada quando se trata da via omissiva – também se mostra interessante a análise desse ponto.

Portanto, antes do enfrentamento do tema com o enfoque específico da omissão na esfera judicial, é de fundamental importância a análise da estrutura da responsabilidade do Estatal por omissão.

3.1. Culpa: é um requisito para sua verificação?

A despeito da norma do artigo 37, §6º, da Constituição mencionar o requisito da culpa somente em relação à ação regressiva do Estado contra o funcionário, uma forte corrente doutrinária se formou no Brasil sustentando a aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade do Estado no caso omissivos. Exemplos de doutrinadores que sustentam tal posicionamento são: Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁹⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹⁹⁹ Lucia Valle Figueiredo,²⁰⁰ Jacintho de Arruda Câmara,²⁰¹ Vera Lúcia Rocha Souza Jucovsky,²⁰² dentre outros.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=492038>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

¹⁹⁶ É o que se extrai da leitura do artigo 4º do Projeto, combinados com os artigos 1º, *caput*, 2º, 3º, 7º e 8º.

¹⁹⁷ Nesse sentido: MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexa de causal e imputação objetiva, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 361-390.

¹⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1012-1017.

¹⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 617-619.

Para ilustrar tal posicionamento, recorre-se aqui, na íntegra, à lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de se aplicar-se a teoria da responsabilidade *subjetiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do *Estado* (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.”²⁰³

Para o administrativista, a responsabilidade por omissão necessariamente se vincula à noção de ilicitude que, por sua vez, pressupõe um juízo de culpabilidade. Por conta disso, somente seria possível falar em responsabilidade subjetiva. Admite, todavia, que competiria ao Estado o ônus de provar que agiu sem culpa – havendo uma *presunção iuris tantum* da culpa do Poder Público.²⁰⁴

Thiago Marrara assim explica os argumentos da tese subjetivista:

“[a]lega-se, a uma, que o Estado não poderia responder objetivamente por omissão, pois, do contrário, transformar-se-ia em um segurador universal. Todo e qualquer dano que acometesse o cidadão ser-lhe-ia imputado, gerando direito à indenização - o que comprometeria diretamente a saúde do Erário e as políticas públicas que dele dependem. A duas,

²⁰⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 277.

²⁰¹ CÂMARA, Jacintho de Arruda. A relevância da culpa na responsabilidade extracontratual do Estado, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 87-89.

²⁰² JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional: Brasil-Portugal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 68.

²⁰³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1012-1013.

²⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1012-1013. Também nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 619.

emprega-se, por vezes, um argumento literal a justificar a tese. Afirma-se que o emprego do verbo "causar" na redação do art. 37, § 6º da Constituição teria o intuito de incluir apenas "atos" estatais, excluindo as omissões.²⁰⁵

Antes de se analisar a viabilidade da tese subjetivista, relevante é discutir qual o sentido do requisito culpa defendido por tais doutrinadores. Significaria culpa individualizada – ou individualizável – de alguns agentes públicos que se mantiveram omissos ou uma culpa anônima ou inominada do serviço público?

Qualificar a responsabilidade do Estado como subjetiva e compreender a culpa como aquela aferível individualmente das omissões dos agentes públicos é interpretação absolutamente descabida.

Primeiramente, porque tal posicionamento implicaria em um regresso ao período civilístico da responsabilidade extracontratual do Estado, em que essa seria regulada praticamente em sua integralidade pelo Direito Civil – sequer remeteria a responsabilidade omissiva aos períodos de transição para as teorias publicísticas, em que a própria noção de culpa era recheada de preceitos de Direito público e desvinculada de agentes específicos.

Em segundo lugar, dentre as Constituições brasileiras, a de 1988 é indubitavelmente a que trouxe maiores obrigações ao Estado perante seus cidadãos. Mais do que isso, impôs ao Estado a necessidade de atuação eficiente – determinação expressa, alias, após a vigência da Emenda Constitucional 19/1998. Dessa forma, não parece compatível com a Lei Maior restringir a responsabilidade do Estado apenas às hipóteses de omissões e inércias individualizáveis de agentes públicos determinados.

Por fim, a adoção desse posicionamento implicará no descompromisso dos cofres públicos com as indenizações oriundas das omissões estatais. Isso porque em todos os casos caberia ação regressiva contra o agente público culposamente omissor. Ao Estado competiria apenas: a) “antecipar o pagamento” da indenização ao particular, reavendo a quantia por via regressiva; e b) a função de “garantidor do pagamento do valor da condenação”, quando o patrimônio do agente público, culposamente omissor, não for suficiente para arcar com o valor da condenação – ou seja, quando os bens do

²⁰⁵ MARRARA, Thiago. As enchentes e a responsabilidade civil do Estado. *Carta Forense [on line]*. São Paulo, 04 maio 2010. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/as-enchentes-e-a-responsabilidade-civil-do-estado/5546>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

agente público, condenado via ação regressiva, não forem suficientes para a execução da dívida.²⁰⁶

Para aqueles que admitem inversão do ônus probatório em relação ao requisito da culpa, ainda seria possível imaginar mais uma hipótese em que o Estado arcaria com o valor da condenação. Seria o caso de ocorrer cumulativamente essas duas situações: a) o particular ajuizar a ação principal contra o Estado, e esse, em sua defesa, não lograr êxito em comprovar a não ocorrência da culpa (em sentido amplo) do agente público (vez que esse ônus caberia ao Estado-réu); e b) o Estado, na ação regressiva, também não lograr êxito em comprovar a ocorrência de culpa por parte do agente público-réu (vez que, na regressiva, o ônus de comprovar a ocorrência da culpa do agente caberia ao Estado-autor).

Definitivamente, tal interpretação é incompatível com a Constituição vigente e com os ideais do Estado Democrático de Direito. A restrição da responsabilidade por omissão simplesmente aos casos de culpa individualizada de servidores identificáveis não merece prosperar. Portanto, ainda que se admita a aplicação da teoria subjetiva da responsabilidade no caso da omissão, não pode a questão da culpa ser assim interpretada.

Cumprir verificar, então, se deve prosperar a teoria subjetiva estruturada em um requisito da culpa, não vinculado necessariamente a agentes individualizados. Trata-se da noção “culpa anônima do serviço público” (“culpa inominada do serviço” ou simplesmente “culpa do serviço”). Jacintho de Arruda Câmara define a responsabilidade por “culpa do serviço” como a

“mesma responsabilidade subjetiva, aperfeiçoada de modo a abranger, além das condutas culposas cuja titularidade pode ser individualizada na figura de um agente público, aquelas cuja culpa não se individualiza e que passa a ser imputável ao aparato administrativo como um todo”.²⁰⁷

²⁰⁶ Poderia ainda o Estado suportar a indenização em caso, por exemplo, de desídia processual sua (de seus procuradores) ou mesmo por não mover a competente ação regressiva. De todo modo, seriam casos em que o Estado arcaria com tais gastos por conta de sua própria ineficiência.

²⁰⁷ CÂMARA, Jacintho de Arruda. A relevância da culpa na responsabilidade extracontratual do Estado, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 81. Discorrendo também sobre o assunto, Di Pietro aponta que: “Para outros, a responsabilidade no caso de omissão, é subjetiva, aplicando-se a teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público (porque é indiferente saber quem é o agente público responsável). Segundo essa teoria, o Estado responde desde que o serviço público (a) não funcione, quando deveria funcionar; (b) funcione atrasado; ou (c) funcione mal. Nas duas primeiras hipóteses, tem-se a omissão danosa” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 618).

Primeiramente, importante verificar como essa doutrina sustenta a aplicação da teoria subjetiva para as omissões face do artigo 37, §6º, da Constituição. Argumenta uma parcela dos autores subjetivistas que o dispositivo não define – expressa ou implicitamente – regimes jurídicos da responsabilidade do Estado, mas apenas que o Estado é responsável (primeira parte do dispositivo) e, quando a responsabilização decorrer de dolo e culpa de agentes, haverá contra esses o direito de regresso (segunda parte do dispositivo), devendo tal regime ser extraído com base em uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.²⁰⁸

Evoca-se também o argumento de que o termo “causarem” contido no dispositivo remeteria somente à responsabilidade por atos comissivos, uma vez que as omissões do poder público não causam materialmente os danos.

Além disso, defendem os subjetivistas a aplicação da teoria da *faute du service* francesa como o único fundamento da responsabilidade por omissão. Sobre tal teoria, Celso Antônio Bandeira de Mello critica o fato de alguns autores traduzirem o termo *faute* de maneira equivocada do idioma francês. Segundo o administrativista, o termo não designa “falta” no sentido de “ausência”) mas sim “culpa”. Deste modo, a responsabilidade *per faute* não significaria responsabilidade por omissão (por ausência) – o que traria uma carga da objetividade – mas sim responsabilidade por culpa e, portanto, subjetiva.²⁰⁹

Definindo omissão do Estado como aquela em que o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente, o citado publicista aponta que a teoria a ser aplicada é a subjetiva com base na seguinte construção: se nos casos de omissão o Estado não agiu, logicamente não poderia ser o autor do dano. Se não é autor do dano, somente seria possível discutir sua responsabilidade quando houver uma obrigação legal que lhe imponha o dever de obstar o dano – não havendo tal obrigação, não faria sentido impor ao Estado o ônus de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Por conta disso, conclui que a responsabilidade por omissão seria sempre decorrente de um ilícito e, por isso, subjetiva, pois não haveria conduta ilícita do Estado que não fosse oriunda de culpa ou dolo.

²⁰⁸ Nesse sentido: CÂMARA, Jacintho de Arruda. A relevância da culpa na responsabilidade extracontratual do Estado, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 86.

²⁰⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1002-1004.

Outro argumento bastante evocado em favor da aplicação da tese subjetivista é o fato de não ser o Estado um segurador universal. Jacintho de Arruda Câmara afirma haver situações em que não se aplica a tese objetiva da responsabilidade do Estado, como no caso das omissões. Afirma que “[a]plicar objetivamente a responsabilidade para tais situações implicaria eleger o Estado um segurador universal; e isto, positivamente, não se fez”.²¹⁰

Em contraste a tais argumentos, a doutrina objetivista²¹¹ aponta que o artigo 37, §6º, da Constituição não estabeleceu distinção relevante entre os regimes da responsabilidade pela via comissiva e omissiva. Além disso, referido dispositivo não faz nenhuma menção – expressa ou implícita – ao requisito da culpa, exceto no caso da ação regressiva, em que ficou clara a opção do legislador por tal teoria. Nesse sentido, Juarez Freitas aponta que

“não há nada de substancial, em nosso sistema, que justifique um tratamento radicalmente distinto entre ações e omissões. Antes pelo contrário: a responsabilidade haverá de ser o proporcional cumprimento, sem inércia, dos deveres relacionados à tutela dos direitos fundamentais”.²¹²

Completa ainda o autor que, constatado o dano e o nexo, incumbiria à vítima alegar a antijuridicidade da ação estatal, seja pelo cometimento de excessos (via comissiva), seja pela sua inatividade (via omissiva), não menos nociva.

Quanto à utilização do termo “causarem”, Thiago Marrara destaca que

“‘[c]ausar’ significa ‘ter por efeito’ e nada diz a respeito do ‘fato jurídico’ que gerou a consequência danosa. A interpretação literal do art. 37, § 6º jamais seria capaz de excluir as omissões

²¹⁰ CÂMARA, Jacintho de Arruda. A relevância da culpa na responsabilidade extracontratual do Estado, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 86. Também nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1015.

²¹¹ Alguns autores que se filiam a tal corrente: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 368; ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso direito administrativo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 776-777; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 239-242; MARRARA, Thiago. As enchentes e a responsabilidade civil do Estado. *Carta Forense [on line]*. São Paulo, 04 maio 2010. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/as-enchentes-e-a-responsabilidade-civil-do-estado/5546>. Último acesso em 01 de novembro de 2014; PIRES, Luis Manuel Fonseca. Responsabilidade civil do Estado por insuficiência da segurança pública, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 719; ZANCANER, Weida. Responsabilidade do Estado, serviço públicos e os direitos dos usuários, in FREITAS (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 347; GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. *A responsabilidade civil do Estado-Juiz*. São Paulo: Tese (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 136.

²¹² FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado, a omissão inconstitucional e o da proporcionalidade, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 225.

estatais do campo da responsabilidade extracontratual ali prevista.”²¹³

Assim, a doutrina objetivista rejeita o argumento legalista de que o termo causa estaria restringindo o âmbito do dispositivo aos casos comissivos.

Ataca-se também o argumento de que a responsabilidade por omissão teria como fundamento único a teoria da *faute du service*. Tais críticas são bem sintetizadas no estudo feito por Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, que analisam o tema sob o enfoque do princípio da eficiência.

Segundo os autores, a importância histórica da teoria dá-se por dois motivos: a distinção entre a *faute du service* e *faute personnelle* e a imputação de responsabilidade diretamente ao serviço, sem perquirição da participação de qualquer agente. Sob essa última questão, discorrem os autores:

“Sob tal dimensão, a *faute du service* proporciona uma lógica para a responsabilidade do Estado inquestionavelmente distinta daquela proveniente do Direito Civil: a partir do momento em que não se exige nem mesmo a ocorrência de uma falta pessoal cometida por um agente, a própria noção de culpa torna-se secundária, passando a predominar a noção de “dano por funcionamento do serviço público”. Nesse passo, a questão que se apresenta é saber se a ineficiência do serviço, em cada caso, pode provocar a responsabilização estatal”²¹⁴

Assim, com o enfoque na questão do dano propiciado pelo funcionamento ineficiente do serviço, os autores criticam a adoção da tese da responsabilidade subjetiva no direito brasileiro argumentando que a teoria da *faute du service*, a despeito de ter representado importante avanço no combate à atuação ineficiente e danosa do Estado (pela via omissiva ou comissiva), não é o único fundamento da responsabilidade estatal.

Além disso, estruturam suas críticas aos argumentos dos subjetivistas em quatro aspectos: (a) a teoria da *faute du service* não remonta, necessariamente, à responsabilidade subjetiva; (b) o critério para distinguir a responsabilidade *pour faute* da responsabilidade *sans faute* (sem falta) no direito francês não é a natureza omissiva da conduta; (c) na França, admite-se a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado

²¹³ MARRARA, Thiago. As enchentes e a responsabilidade civil do Estado. *Carta Forense [on line]*. São Paulo, 04 maio 2010. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/as-enchentes-e-a-responsabilidade-civil-do-estado/5546>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

²¹⁴ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 268.

por omissão; (d) os contornos da responsabilidade estatal dependem do regime jurídico administrativo de cada ordenamento, e a Constituição Federal de 1988 impõe um sistema de responsabilização objetiva.²¹⁵

Em relação ao primeiro aspecto, afirma-se que o termo francês *faute*, quando utilizado no âmbito da responsabilidade do Estado, remete ao descumprimento de um dever preexistente (fato objetivo), ou seja, a um comportamento faltoso.^{216 217}

Alegam, ademais, não haver alusão dos tradicionais autores franceses às modalidades de culpa (negligência, imprudência ou imperícia), o que enfraqueceria a associação da responsabilidade subjetiva a casos omissivos com base em uma construção doutrinária francesa.

Por fim, rejeita-se a construção objetiva de um requisito da culpa pelo fato de as pessoas jurídicas não possuírem, metafisicamente, vontade própria (elemento anímico). Logo, a desnecessidade de individualização do agente na *faute du service* afastaria da teoria subjetiva da responsabilidade – haja vista a impossibilidade de se perquirir uma “culpa do aparelho estatal” – devendo ser apurado a existência de conduta contrária ao juridicamente exigido – tornando-se sem sentido falar em “culpa da Administração” ou “culpa do serviço”.

Quanto ao segundo aspecto, afirmam que o Direito francês não utiliza como critério a omissão para diferenciar os casos de responsabilização estatal *pour faute* e

²¹⁵ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 269-282.

²¹⁶ O argumento dos autores vai de encontro, portanto, com a já mencionada posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual *faute du service* significaria culpa do serviço. Assim, a expressão não significaria nem ausência, tampouco culpa, mas sim infração (descumprimento de uma obrigação preexistente). Sustentando posição relativamente semelhante a dos autores, Odete Medauar afirma ser inadequada a utilização do termo subjetiva ou mesmo culpa do serviço quando se trata da responsabilidade do Estado por omissão, haja vista o fato de tais expressões serem adequadas à responsabilidade das pessoas físicas. Destaca ainda que o termo *faute* pode ser traduzido também como erro ou ausência, de modo que as expressões “funcionamento defeituoso do serviço” ou “erro cometido no exercício do serviço” são mais adequadas para se referirem a tal teoria (baseando tal afirmativa na doutrina de Jacqueline Morand-Deville) (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 368). Curiosamente, há autores que, mesmo defendendo a inaplicabilidade da tese da responsabilidade subjetiva nos casos omissivos, rejeitam a tradução do termo como “ausência de serviço” ou “serviço defeituoso”, remetendo-o às noções de falha ou culpa na prestação dos serviços. É o caso de Deborah Pierri ao argumentar que, por se afastar da noção de ausência de serviço (atrasos, deficiências ou má prestações), a teoria da *faute du service* não pode ser associada à responsabilidade por omissão, pois se referem a uma etapa evolutiva histórica da responsabilidade do Estado (PIERRI, Deborah. As omissões dos agentes públicos. *Faute du service* e outros esclarecimentos sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 183).

²¹⁷ De fato, o termo *faute* pode ser traduzido de formas diferentes do idioma francês, podendo significar: “culpa”, “falha”, “falta” (ausência) ou “erro” (vide: AVOLIO, Jelessa Ciardi. MICHAELIS: minidicionário francês: francês-português, português-francês. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2010, p. 92).

sans faute. Na realidade, a jurisprudência francesa elaborou essa distinção para identificar as hipóteses em que a Administração deveria sozinha indenizar o particular ou em solidariedade com o agente (cumulação entre *faute de service* e *faute personnelle*).

Ademais, a polêmica experimentada pela doutrina francesa foi em torno da seguinte questão: é necessária a existência de uma *faute* para haver responsabilização estatal? Ou seja, é necessária a existência de um descumprimento de obrigação jurídica para haver responsabilização? Tal discussão não se associa com a dicotomia responsabilidade objetiva e subjetiva. Ainda que a responsabilidade *sans faute* seja sempre objetiva, tal fato não implica que a responsabilidade *pour faute* seja associada necessariamente à responsabilidade subjetiva, menos ainda à responsabilidade por omissão.

Tal argumento histórico levantado por Gabardo e Hachem se relaciona à seguinte crítica que aqui se faz à corrente subjetivista: a verificação da antijuridicidade da omissão administrativa (como requisito da responsabilidade), em nada se associa com a perquirição de um suposto elemento subjetivo da responsabilidade estatal. Evidentemente, a verificação de uma atuação culposa de determinados agentes individualizados em muito facilita a tarefa de se mostrar a antijuridicidade da omissão da Administração. Contudo, tais aspectos não se confundem, de maneira que a constatação da primeira pode ser dispensável para a configuração da segunda.

Terceiro aspecto levantado pelos dois publicistas se refere ao fato de que, na França, tanto a doutrina como a jurisprudência admitem responsabilidade objetiva do Estado por omissão. A título ilustrativo, cita-se os autores Georges Vedel e Pierre Devolvé que, em capítulo de suas obra *Droit Administratif* destinado a abordar a responsabilidade *sans faute* (fundamentada na teoria da igualdade), é expressamente mencionado o exemplo das “abstenções não faltosas” da Administração. Assim, traduzindo-se *faute* como infração ou como culpa, a conclusão é a que não se trataria de responsabilidade subjetiva – pois seriam casos de responsabilidade por “abstenções sem violação de um dever pré-existente” ou mesmo por “abstenções sem culpa”, a depender da tradução conferida.

Em relação à jurisprudência, cita-se o *arrêt Couitéas* (Conselho de Estado, 30 de novembro de 1923), em que o Estado francês se utilizou da prerrogativa (amparada pelo ordenamento jurídico e desprovida de caráter faltoso ou culposos) de negar auxílio policial a execução de uma decisão judicial em razão do risco de se perturbar a ordem

pública e o interesse da coletividade. No caso, o Sr. Couitéas havia obtido uma decisão judicial favorável para que se retirassem de um terreno que ele havia comprado na Tunísia tribos indígenas que lá estavam instaladas. Tal fato impediu que ele se imitisse na posse do imóvel. O Estado francês foi, assim, condenado a pagar indenização por conta de uma omissão que sequer era contrária ao ordenamento, dado o fato desse senhor ter suportado um sacrifício demasiadamente pesado em razão do interesse público (preservar a segurança pública, que poderia restar prejudicada caso se utilizassem toda a força policial necessária à execução da ordem judicial).

Por fim, o último aspecto da argumentação de Gabardo e Hachem consiste na noção de que a responsabilidade civil do Estado não possui uma teorização uniforme para todos os países. Deve, portanto, a teoria ser compreendida no âmbito do regime jurídico administrativo de cada ordenamento, com suas especificidades. No sistema brasileiro, de fato, a Constituição adotou a teoria objetiva tanto para as ações como para as omissões.

Além disso, o próprio direito francês adota duas teorias para fundamentar a responsabilidade *sans faute*: a teoria do risco e a teoria da igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos. Normalmente a primeira liga-se mais a atividades materiais associadas aos serviços e atividades públicas, enquanto a segunda se associa mais a atos abstratos ou concretos – embora tal correlação não seja necessária. Assim, concluem Gabardo e Hachem, que não faria sentido restringir a aplicação da norma contida no artigo 37, §6º, da Constituição aos casos comissivos se o ordenamento brasileiro previu os princípios da solidariedade, eficiência administrativa e igualdade – é desse último, ademais, que o Direito francês extrai implicitamente o princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos.

Entende-se aqui não existe o requisito da culpa para a configuração da responsabilidade do Estado por omissão. Primeiramente, porque o ordenamento brasileiro não adotou, sequer implicitamente, a teoria subjetiva da responsabilidade nesses casos. Nem mesmo o termo “causarem” contido no §6º, do artigo 37, da Lei Maior, é apto a restringir a aplicação do dispositivo aos casos de responsabilidade por comissão, uma vez que denota apenas que o dano teve origem na atividade (comissiva ou omissiva) pública.

Se o termo “causar” do dispositivo constitucional fosse interpretado no sentido exclusivamente físico (material), afastada estaria a responsabilidade estatal decorrente dos chamados “fato da coisa” (por exemplo, danos oriundo de equipamentos) ou “fato

do serviço”, uma vez que tais danos não são necessariamente causados, do ponto de vista físico, pelos agentes públicos (pessoas físicas). A própria teoria do risco administrativo se enfraqueceria com uma interpretação nesses moldes. Assim, parece ser equivocado interpretar a expressão dessa maneira.

Quanto a esse ponto, Luis Manuel Fonseca Pires resume essa crítica com precisão:

“Com efeito, acedemos ao entendimento de que a norma constitucional, ao prescrever a dispensa do elemento subjetivo pelos danos *causados* a terceiros, não se refere à *ação*, mas sim à capacidade do ato ou do fato, da Administração Pública Direta e Indireta, do Estado em geral, e de quem faça as suas vezes, de ser a *causa adequada* do *efeito danoso* segundo a imputação normativa (na ação), ou simplesmente, a despeito de ausência de causa, existir a imputação normativa (na omissão).”²¹⁸

Além disso, a adoção de um requisito subjetivo na verificação da responsabilidade do Estado não parece adequada, seja esse concebido como a culpa individualizada, seja pela chamada “culpa administrativa” ou “culpa do serviço”. A primeira, porque vai de encontro com todo o regime jurídico administrativo brasileiro, bem como ignora toda a evolução histórica das teses da responsabilidade extracontratual do Estado – regressando às teorias de origem no direito privado. Também não é adequado discutir um requisito subjetivo da responsabilidade do Estado sob a ótica anímica da pessoa jurídica do Estado, uma vez que esse, despido de vontade própria, não pode atuar de maneira dolosa ou culposa.

É igualmente inadequado se recorrer a uma objetivação da noção da culpa para justificar a existência de uma “culpa administrativa” ou “culpa do serviço”. Nesses casos, ocorre, em verdade, a discussão de aspectos – indevidamente debatidos em um desnaturado requisito de culpabilidade – relacionado aos requisitos da omissão antijurídica ou do nexa.²¹⁹

²¹⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. Responsabilidade civil do Estado por insuficiência da segurança pública, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 719.

²¹⁹ Assim, com a devida vênia, discorda-se da seguinte passagem sustentada pelo autor civilista Diogo L. Machado de Melo: “Não se trata, vale frisar uma vez mais, de *objetivação da responsabilidade*, mas tão somente *abstração* da avaliação da conduta culposa, a ser feita segundo padrões genéricos na sociedade. É essa a noção que deve ser aplicada no âmbito da responsabilidade civil do Estado, até mesmo para se avaliar sua omissão e seu dever de agir em determinadas situações, não permitindo que se escude no argumento da *culpa anônima* apenas para se esquivar de um específico dever de agir, segundo até mesmo seus comportamentos anteriores ou de sua inequívoca de certos problemas alegados que, por não resolvidos ou reparados, acabam por gerar dano” (MELO, Diogo L. Machado de. O papel da *culpa* na responsabilidade civil do Estado, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do*

Discordamos, assim, de Jacintho de Arruda Câmara ao comentar dois julgados relacionados à responsabilidade por omissão.²²⁰ No primeiro deles (Apelação n° 586.379-8, rel. Des. Juiz Manoel Mattos, j. 04.01.1995, 8ª Câmara do 1º TACIVIL/SP) o Estado foi condenado “por falta de serviço” de município que não conservou adequadamente vias públicas, provocando a perda de membro de um indivíduo acidentado. Argumenta Câmara que mesmo declarando se tratar de responsabilidade objetiva, os julgadores se basearam nos requisitos da subjetiva, de modo que a discussão da culpa, ainda que travestida em outros critérios, estava presente. Segundo o autor, o “não cumprimento do dever legal” configuraria o requisito da culpa no caso.²²¹

Já no segundo julgado (Recurso Especial n° 33.892-RJ, rel. Min. Nilson Naves, j. 22.08.1995, 3ª Turma do STJ), o Estado foi responsabilizado por acidente sob o argumento de que não cumpriu sua obrigação de cercar e conservar faixa ocupada por linhas férreas, nas proximidades de local populoso, com habitual trânsito de pedestres. Argumenta o autor que o não cumprimento desse dever legal configura comportamento ilícito, portanto culposo.²²² Com a devida vênia, entende-se aqui que o “não cumprimento do dever legal” refere-se a um requisito da omissão antijurídica, não tendo a questão da culpa nenhuma pertinência para o caso.

Em ambos os casos, entende-se que aspectos relacionados, em realidade, com os requisitos da omissão e donexo causal (imputação) são discutidos indevidamente em um suposto requisito da culpa.

Ademais, também não é adequado invocar a teoria da *faute du service* francesa – seja a título de estudo comparado, seja pela origem e evolução histórica da teoria – para sustentar a tese subjetivista da responsabilidade por omissão. Quanto a este ponto,

Estado: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 125-126). A nosso sentir, trata-se do problema da verificação de quais as omissões geradoras de dano são aptas a ensejar a responsabilidade do Estado do que propriamente um conceito objetivado de culpa.

²²⁰ CÂMARA, Jacintho de Arruda. A relevância da culpa na responsabilidade extracontratual do Estado, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 87-89.

²²¹ Nas palavras do administrativista, se referindo a esse caso específico: “Num caso a culpa está na omissão em não conservar adequadamente as vias públicas: conduta culposa, posta claramente como fundamento da decisão. Nada obstante a clareza dos fundamentos, a decisão declara estar aplicando a responsabilidade objetiva. Ora, se fosse o caso de responsabilidade objetiva o não cumprimento de um dever legal não seria o fundamento da decisão. A responsabilidade se poria mesmo se não houvesse a violação de um dever, isto é, mesmo se não houvesse culpa – possibilidade que não se cogita para o exemplo trazido”.

²²² Conforme o publicista: “Noutro, o fundamento foi “o não-cumprimento do dever legal de cercar e conservar a faixa ocupada por linhas férreas”: também está caracterizado um comportamento ilícito, culposo, a fundamentar a decisão que condena o Estado a indenizar. Desta feita, todavia, é reconhecida a importância da culpa inclusive para se quantificar a indenização, tendo em vista ter sido constatada a culpa concorrente”.

remete-se aos esclarecedores argumentos de Gabardo e Hachem já abordados. Ora, se a intenção é adaptar a teoria ao ordenamento brasileiro, mais importante que a tradução do termo *faute* é a verificação dos motivos pelos quais ela foi criada e como ela é aplicada. Definitivamente, não foi para criar um requisito subjetivo à estrutura da responsabilidade por omissão.

Por fim, não deve prevalecer a noção de que o Estado objetivamente responsável em casos de omissão é um segurador universal. Primeiramente porque ainda existirão outros três requisitos necessários para que a responsabilidade pela via omissiva de configure. Tais requisitos, além de possuírem alguns critérios para serem configurados (conforme será visto nos próximos itens), por vezes são negligenciados na defesa do Estado em discussões envolvendo a responsabilidade por omissão em detrimento do deslocamento de toda a tese defensiva para esse suposto requisito da culpa. Ora, o requisito da omissão não é preenchido com um simples “não agir estatal” – caso contrário, seria possível discutir a omissão estatal em face de qualquer dano – bem como a questão do requisito donexo causal/imputação não é satisfeita com a simples inserção dessa omissão estatal numa linha sucessória de condutas que levaram a ocorrência do dano.

Muitas vezes, quando se diz que “o Estado não teve culpa” (ainda que “objetivada” essa culpa), quer se dizer, em realidade, que a omissão estatal não constitui fato jurídico hábil a configurar a responsabilidade do Estado, ou mesmo que o dano causado não pode ser normativamente imputado a uma omissão (relevante como fato jurídico). Assim, é falsa a noção de que o Estado passaria a funcionar como um segurador universal, vez que muitos dos casos em que se supõe que haveria responsabilidade do Estado caso excluído o indevido requisito da culpa, haverá, em realidade, apenas a correta colocação da discussão dos fatos em seus devidos planos.

Por fim, ainda quanto ao argumento de que o Estado funcionaria como um segurador universal, tem-se que o Estado, em realidade, somente arcaria efetivamente com o valor da recomposição do dano quando não houvesse dolo ou culpa de agentes públicos específicos. Nesses casos, não é o Estado que suporta com os impactos financeiros da condenação – salvo eventuais dificuldades em se executar a condenação na ação regressiva, por exemplo, por insuficiência patrimonial do agente considerado culpado, ou mesmo o caso de desídia do próprio Estado ao acionar a via regressiva e conduzir todo o procedimento (o que não poderia gerar reclamações por parte do

Estado, vez que fruto de sua própria ineficiência). Assim, mais enfraquecido, ainda, fica o argumento para dar suporte à tese subjetivista.

3.2. Conduta omissiva

Conforme a crítica formulada no item anterior, o requisito da omissão, por vezes, é negligenciado e encarado de maneira simplista. Muitas vezes por conta de se deslocar discussões que deveriam ser feitas no âmbito dele, pautadas nos fatos do caso concreto, para um suposto requisito da culpa.

A omissão não pode ser vista como um simples agir estatal. Nesse sentido, concorda-se²²³ com Paulo Modesto²²⁴ ao afirmar que a omissão, em direito, não se confunde com um simples “não-ato”. Trata-se de fato jurídico e, somente assim, servirá de suporte para a responsabilidade do Estado. Resta saber, então, como aferir a ocorrência do requisito da omissão como um fato jurídico relevante ao instituto da responsabilidade extracontratual do Estado.

Antes de se verificar o que torna determinada omissão juridicamente relevante sob o ponto de vista da responsabilidade civil do Estado, necessário inicialmente checar precisamente no que ela consiste.

Sergio Cavalieri Filho aponta que, no âmbito extracontratual, a responsabilidade por ação liga-se a um “dever geral de abstenção”, consistente na obrigação genérica de abster-se da prática de atos que possam causar lesão ao semelhante. Tal dever é violado através de um “fazer”, de um comportamento positivo, de um movimento corpóreo comissivo. Por sua vez, em relação às condutas omissivas, discorre Cavalieri Filho que “a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela inatividade, abstenção de alguma conduta devida. Vieira dizia, com absoluta propriedade, que omissão é aquilo que se faz não fazendo”.²²⁵

²²³ Todavia, discorda-se do autor, em conformidade com o que se sustentou no item anterior, no que tange à afirmação de que a relação de causalidade na omissão danosa, que tem como pressuposto a violação de um dever de agir, teria embutida obrigatoriamente alguma manifestação de culpa – objetiva ou subjetiva (MODESTO, Paulo. Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional, *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 13, mar./abr./maio 2008, p. 14. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2008-PAULO-MODESTO.PDF>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

²²⁴ MODESTO, Paulo. Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional, *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 13, mar./abr./maio 2008, p. 13. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2008-PAULO-MODESTO.PDF>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

²²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 24.

Em geral, quando se fala de omissão do Estado, a doutrina costuma conceitua-la como o não funcionamento, funcionamento tardio ou ineficiente dos serviços públicos.²²⁶ Todavia, é relevante que se faça uma abordagem mais detalhada a respeito do campo da omissão estatal. Para tal, opta-se aqui por partir dos conceitos enumerados no artigo 3º (em combinação com o 1º) do já mencionado Projeto de Lei nº 412/2011:²²⁷

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas sobre a responsabilidade civil do Estado nos casos de danos a terceiros, oriundos de ações ou omissões, de falta do serviço ou de fatos do serviço, da obra ou da coisa, imputados às pessoas jurídicas de direito público, às de direito privado prestadoras de serviços públicos e aos respectivos agentes.

Art. 3º. Para os fins desta Lei considera-se:

I - ação - a atuação mediante atos jurídicos, medidas e operações materiais;

II - omissão - a inércia, a falta ou insuficiência de atos jurídicos, de medidas ou de operações materiais, a ausência de atuação adequada em situação de risco, o descumprimento de dever imposto pelo ordenamento jurídico;

III- falta do serviço - o não-funcionamento ou o funcionamento insuficiente, inadequado, tardio ou lento;

IV - fato da coisa - evento em que o dano ocorre por falha ou defeito em equipamentos, máquinas, objetos ou bens em geral, pertencentes ou sob os cuidados das pessoas jurídicas responsáveis; ou pela existência de uma situação de risco, sem a necessidade de identificação do causador do dano;

V - fato do serviço - todo evento, objetivamente lesivo e para cuja caracterização se exige, tão-somente, o nexo de causalidade com o dano;

VI - fato da obra - quaisquer fatos ou faltas referenciados à obra ou serviço, sob regime de execução direta ou indireta;

(...)

Primeiro ponto que chama atenção é o fato de o projeto não utilizar a classificação bipartida entre ações e omissões. Alias, o “não-funcionamento ou o funcionamento insuficiente, inadequado, tardio ou lento”, apontados por alguns doutrinadores para designar justamente a omissão do Poder Público, foi elevado à categoria autônoma de “falta de serviço”.²²⁸

²²⁶ Nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1012-1013.

²²⁷ A remissão ao mencionado projeto não se deve à mera expectativa potencial de que ele se converta em lei, mas sim pela sistematização didática do tema feita em seus dispositivos que aparentam ser um bom ponto de partida para análise ora buscada.

²²⁸ Ao que tudo indica, utilizou-se, no projeto, da expressão “falta de serviço” para designar uma ausência (mas não uma infração ou culpa).

Aparentemente, os redatores do projeto optaram por aproximar os termos “ação” e “omissão” daquelas situações em que o agir (ou não agir) estatal é verificado por intermédio da atuação (ou não atuação) dos agentes públicos – que participam efetivamente (ou deixam de participar) na elaboração de atos jurídicos, na realização de medidas e operações materiais. Em outras palavras, refere-se aos casos em que se constata a participação de um *agente* que atue (ou deixe de atuar) *nessa qualidade*. Trata-se, propriamente falando, dos atos comissivos e omissivos do Estado.²²⁹ Nessas situações, a relação de imputação da vontade ao Estado é explicada pela conhecida “teoria do órgão” de Otto Gierke – podendo ser chamada de teoria da imputação volitiva.

São, por exemplo, os casos de omissão, potencialmente lesivas, em que um agente competente deixa de decidir nos autos de um processo administrativo no prazo legalmente estipulado (ausência de atos jurídicos ou mesmo um não cumprimento de um dever imposto pelo ordenamento); ou o caso em que um policial, ao se deparar com a execução de um crime e, tendo condições de impedir, queda-se inerte ou atua de maneira insuficiente (inércia de medidas ou operações materiais, ou mesmo ausência de atuação adequada em situação de risco). São casos em que há espaço para a ocorrência da atuação culposa de agentes (embora não sejam obrigatórias para a responsabilização do Estado) e, conseqüentemente, a possibilidade da propositura de ações regressivas.

Já nas outras quatro hipóteses elencadas, os redatores do projeto apontaram para situações em que a ação ou omissão, desencadeadoras de responsabilidade, são imputadas ao Estado de maneira direta – sem o intermédio de seus agentes.

Os denominados “fato da coisa”, “fato da obra” e “fato do serviço” – opta-se, aqui, por chama-los de “fatos da atividade pública” – são aqueles que potencialmente podem causar danos, sem constituir, entretanto, um ato jurídico – haja vista a falta do elemento volitivo.²³⁰ Assim, falar propriamente em ação não parece adequado para tais casos, porque se tratam de fatos jurídicos em sentido estrito.

²²⁹ Causa estranheza a terminologia “ato e fato omissivo”. Mas se considerar que fatos jurídicos, em sentido amplo, são quaisquer acontecimentos que tem relevância para o Direito, tem-se que a omissão com relevância jurídica é um fato jurídico. Se acrescentar o elemento volitivo, ter-se-á um ato omissivo, caso contrário haverá um fato omissivo em sentido estrito.

²³⁰ Luis Manuel Fonseca Pires distingue atos e fatos administrativos, sendo, o primeiro, uma exteriorização de vontade e, o segundo, um acontecimento, porém ambos sob a função administrativa (PIRES, Luis Manuel Fonseca. Licenças urbanísticas e o silêncio administrativo: as tutelas judiciais possíveis diante da omissão da Administração Pública, *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, a. 5, n. 28, jul./ago. 2006, p. 3476).

Em tais casos, como não há uma atuação de agentes estatais para a configuração do dano, a teoria do órgão não se mostra adequada para justificar a imputação. É a teoria do risco que fundamenta a imputação ao Estado do fato causador do dano – originada da noção de que é razoável que o Estado, tendo atuado em benefício de toda a coletividade, suporte o ônus dos danos que tal atuação resultar.²³¹ O fato jurídico, devido à aplicação da teoria do risco, sequer necessita ser antijurídico.²³² Basta que ele seja relacionado a uma atividade pública, e que haja um elo com o dano (esse, necessariamente, antijurídico).

Nota-se, ainda, que é até mesmo mais complicada a identificação hipotética da dicotomia responsabilidade por ação e por omissão quando se trata de responsabilidade por “fato da atividade pública”.²³³

Já a denominada “falta do serviço” – concebida como o ausência de serviço – denota as omissões genericamente atribuídas ao Estado, independentemente da abstenção de agentes específicos (denomina-se aqui de omissões impessoais ou fato omissivo do Estado). Nessa, não há uma opção volitiva dos agentes por um não agir, mas sim uma omissão impessoal, que adquire relevância jurídica, e, devido a uma eventual ocorrência de um dano que possa ser a ela imputada, gera a responsabilidade do Estado.

Nos atos omissivos, a responsabilidade pelo dano é imputada ao Estado por conta de dois fatores: a violação de um dever jurídico de agir do agente competente – deveres estes inerentes à função pública exercida – e a atribuição dessa omissão ao Estado (decorrente, inclusive, do princípio da impessoalidade). Nas omissões impessoais (fatos omissivos do Estado), todavia, basta constatar uma omissão impessoal, no plano fático, relevante como um fato jurídico (e não um mero fato da natureza) para que esta seja atribuída ao Poder Público.²³⁴

²³¹ Nota-se que a própria teoria do risco tem como pano de fundo o princípio da igualdade, embora ela e a teoria da repartição igualitária dos encargos possam ser consideradas como fundamentos distintos da responsabilidade *sans faute*.

²³² Percebe-se que a teoria do risco excepciona a noção geral de que a responsabilidade civil surge apenas com a violação de um dever jurídico primário.

²³³ Alias, todos esses seis conceitos distintos adotados pelo projeto não parecem ser mutuamente excludentes um do outro (por exemplo, o fato de ser caso de responsabilidade por fato da obra não significa que não se enquadre nas hipóteses de omissão ou ação também previstas na lei). Aparentemente, a intenção foi abordar todas essas modalidades nos artigos 1º e 3º para não haver dúvidas quanto à amplitude da aplicação da lei (caso seja aprovada, evidentemente).

²³⁴ Se para agir o Estado precisa do intermédio de seus agentes (com exceção de alguns atos administrativos avolitivos, como os sinais emitidos por um semáforo de trânsito), não há a necessidade de agentes intermediários para ser omissivo. Assim, se é mais fácil admitir a existência de “omissões impessoais do Estado”, bem mais difícil é imaginar “ações impessoais do Estado” (ainda nesses casos, a

A grande dificuldade, em ambos os casos, é saber em quais circunstâncias a omissão seria apta a ensejar a responsabilidade extracontratual do Estado. Quando a omissão se dá pela inação de agentes específicos (que possuem obrigações inerentes à função pública que exercem), a verificação da antijuridicidade dessa – que não se confunda, repita-se, com a perquirição da culpa – é tarefa, aparentemente, mais fácil em comparação às omissões impessoais.

Concorda-se aqui com Gabardo e Hachem ao destacarem, com base na doutrina espanhola, que a omissão juridicamente relevante estará qualificada sempre que houver a presença de um elemento material, consistente na constatação fática de uma situação de passividade ou inércia da Administração, qualificado pela conjugação com um elemento formal, qual seja, a violação de um dever constitucional ou legal de ação que torna antijurídica a omissão estatal.²³⁵

Embora os aspectos formais e materiais sejam adequados para explicar o requisito da omissão, parece claro que a simples menção a eles não resolve satisfatoriamente o problema da verificação das omissões juridicamente relevantes (sobretudo as impessoais). Exemplificativamente, basta imaginar a situação de um cônjuge que assassina o outro na casa onde eles residem (inexistindo, evidentemente, qualquer circunstância fática que levasse o Estado a ter ciência do risco desse dano, tal como a inexistência de comunicação prévia às autoridades competentes). Ainda que, no plano formal, exista um dever genérico do Estado de garantir a segurança pública dos cidadãos e, materialmente, constata-se que o Poder Público não agiu, é indiscutível que tal omissão é absolutamente irrelevante do ponto de vista jurídico para a configuração da responsabilidade do Estado (salvo a existência de circunstâncias fáticas que alterem esse quadro fático). Assim, necessário verificar como tais critérios, em conjunto, devem ser analisados.

Quanto ao aspecto formal, cumpre destacar primeiramente que existem para os agentes públicos, bem como para a Administração Pública em geral, deveres jurídicos positivados de maneira explícita e implícita. A princípio, tal classificação não interfere

responsabilização certamente seria discutida no âmbito da teoria do risco pelos fatos imputados à atividade pública).

²³⁵ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 282.

na apuração da antijuridicidade da omissão.²³⁶ Contudo, a tarefa de se aferir a antijuridicidade das omissões estatais é facilitada diante de deveres explícitos.

Além disso, é possível se cogitar de deveres jurídicos de conteúdo mais determinados e deveres de caráter mais genérico (por exemplo, a regra geral de decidir os recursos administrativos em até trinta dias contida no artigo 59, §1º, da Lei 9.784/99 e o dever de zelar pela segurança pública contido no artigo 144, da Constituição, respectivamente). Assim como nos deveres explícitos e implícitos, tal classificação não interfere na verificação da antijuridicidade das omissões do Poder Público. Todavia, também é possível afirmar que tal aferição é facilitada diante de um dever de caráter mais específico.

Ainda quanto ao elemento formal, cumpre tecer uma observação. Diversos doutrinadores, ao tratarem do tema da responsabilidade civil do Estado – especificamente quanto ao requisito da omissão – apontam para um “dever jurídico de se evitar um dano”. O suporte normativo que serve de ponto de partida para analisar a ocorrência de uma omissão estatal não necessita ser uma norma que prescreva (ainda que tacitamente), de maneira direta, uma obrigação do Estado de se evitar determinado tipo de dano. Por exemplo, é possível que o “direito à educação” seja utilizado como suporte para se perquirir um comportamento omissivo estatal apto a ensejar a responsabilidade do Estado, embora ele não se apresente propriamente como um dever estatal de se evitar danos.

Todavia, pela estrutura normativa da regra constitucional da responsabilidade extracontratual do Estado, que eleva como cerne do suporte fático um comportamento (comissivo ou omissivo), o conseqüente do dever de indenizar, no âmbito da responsabilidade por omissão, apenas estará configurado quando se constatado uma obrigação casuística do Estado de se evitar a ocorrência de um determinado dano – independentemente, é claro, da perquirição da culpa. Essa constatação do dever estatal de evitar determinado dano no caso concreto é o que eleva o comportamento omissivo do Estado à condição de fato jurídico hábil a gerar a responsabilidade do Estado.

Por fim, cumpre fazer mais um importante adendo. A necessidade de se verificar esse aspecto formal não significa necessariamente a ilicitude do ato jurídico (omissivo) em si. Contudo, deve consistir em, ao menos, uma antijuridicidade reflexa. No caso da

²³⁶ Sustentando posição semelhante: FERREIRA, Daniel. Responsabilidade civil do Estado por omissão: contornos e controvérsias, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 58.

jurisprudência francesa relatado por Gabardo e Hachem, o *arrêt Couitéas*, que envolveu a responsabilidade por omissão do Estado, embora o não envio de auxílio policial para cumprimento da decisão judicial não seja considerado um ato ilícito em si (dada a prerrogativa do Estado francês em optar por tal abstenção, em razão do risco à perturbação da ordem pública e ao interesse da coletividade), tem-se um não atendimento pela Administração de um amplo dever de tutelar o direito de propriedade e de fazer cumprir as decisões judiciais. Há também, é claro, a antijuridicidade, correlata à quebra da isonomia, do indivíduo ter que suportar o sacrifício demasiadamente pesado (que juridicamente não deveria suportar), em razão do interesse público. Entretanto, essa última liga-se mais ao requisito do dano do que propriamente da omissão.²³⁷

Quanto ao aspecto material, costuma-se dizer que o Estado foi omissivo quando ocorreu “mau funcionamento” o “funcionamento inadequado” ou o “funcionamento insuficiente”. Entende-se que esses conceitos não representam necessariamente hipóteses de omissão. Ora, o serviço poderia ter um funcionamento inadequado, insuficiente ou ruim também por motivos alheios à inatividade estatal, mas em decorrência da má execução de atos (comissivos). Ademais, tal distinção aparentemente não resolve o problema de se identificar o suporte fático necessário à configuração da omissão estatal como fato jurídico.

Segundo Gabardo e Hachem,²³⁸ haverá violação de um dever de eficiência passível de configurar responsabilização do Estado quando este for: omissivo, moroso, exacerbadamente formalista, perdulário ou improdutivo. Comportamento moroso (não célere) configuraria hipótese de ação passível de responsabilização, enquanto a omissão restaria configurada quando houvesse o descumprimento de um dever específico – concreto – de agir. Com a devida vênia, compreende-se aqui que o comportamento

²³⁷ Nesse sentido, embora a “regra geral” (no sentido quantitativo) nos casos de responsabilidade por omissão se enquadre na classificação por atos ilícitos (omissões pontuais ilícitas), é possível que um comportamento omissivo, em si lícito, gere a responsabilidade do Estado, desde que possua uma antijuridicidade inerente a tal conduta – embora, do ponto de vista quantitativo, seja até menos frequente do que os casos de responsabilidade do Estado por condutas comissivas pautadas em atos lícitos. Cumpre dizer, mais uma vez, que responsabilidade por ato ilícito não se confunde com responsabilidade por culpa (embora a responsabilidade subjetiva, por culpa em sentido lato, pressuponha a existência de um ato ilícito). Para uma precisa abordagem dessas distinções, recomenda-se a leitura do seguinte artigo: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Responsabilidade extracontratual do Estado por atos lícitos: ensaio em homenagem a Guido Soares, in CASELLA; CELLI JUNIOR; MEIRELLES; POLIDO (org.). *Direito internacional, humanismo e globalidade*: Guido Fernando Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2008, p. 7-23.

²³⁸ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 283.

moroso é uma das espécies de omissão. Na morosidade, constata-se dois momentos: um período inicial em que não se agiu e a ação estatal posterior. O dano decorrente da morosidade é aquele relativo ao período inicial de inação, caso contrário não se falaria de morosidade, mas sim no ato posteriormente praticado. Logo, é uma espécie de omissão.

Tratando do tema da imputação objetiva do resultado na responsabilidade por omissão Daniel Ferreira defende serem relevantes apenas aquelas omissões estatais (atos comissivos por omissão, segundo o autor) sem as quais o dano, de maneira muito provável, não teria ocorrido.²³⁹ Sustenta, ainda, a existência de “causas de justificativa da omissão estatal” – como algo distinto das “causas de exclusão da responsabilidade civil do Estado” –, mencionando como exemplo o caso das testemunhas de Jeová que se negam a receber transfusão de sangue em hospital público.²⁴⁰

Gabardo e Hachem comentam que alguns doutrinadores defendem a existência de um quarto requisito da responsabilidade (encarada por alguns também como um elemento necessário à configuração da omissão), consistente na “possibilidade material de agir”, criticando tal posicionamento por implicar na admissão do princípio da “reserva do possível” em matéria de responsabilidade e, conseqüentemente, no regresso à teoria subjetiva. Além disso, estar-se-ia negando normatividade ao princípio da eficiência administrativa.²⁴¹

Em sentido oposto, Di Pietro afirma que

“tem que se tratar de uma conduta que seja exigível da Administração e que seja possível. Essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto. Tem aplicação, no caso, o princípio da reserva do possível, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano”.²⁴²

Juarez Freitas, argumentando que o Estado não deve ser segurador universal, tampouco omissor e descumpridor de seus deveres (sobretudo pela postergação da

²³⁹ FERREIRA, Daniel. Responsabilidade civil do Estado por omissão: contornos e controvérsias, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 57.

²⁴⁰ FERREIRA, Daniel. Responsabilidade civil do Estado por omissão: contornos e controvérsias, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 61-63.

²⁴¹ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 269-282.

²⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 619.

adoção de medidas preventivas), argumenta em favor da existência de um princípio da prevenção, pautado no princípio da proporcionalidade, cujos elementos centrais são:

“(a) alta e intensa probabilidade (certeza) de dano especial e anômalo; (b) atribuição e possibilidade de o Poder Público evitar tal dano e (c) o Estado arcar com o ônus de produzir a prova da excludente reserva do possível ou de outra excludente séria do nexo de causalidade”²⁴³

De fato, não merece prosperar a corrente que eleva a “reserva do possível” como requisito configurador da responsabilidade (ou sub-requisito da omissão, no âmbito de seu elemento material). Todavia, a possibilidade fática da Administração evitar o dano (que não se confunde com a reserva do possível, vez que essa liga-se mais à disponibilidade de recursos, inclusive humanos, da Administração) parece ser um aspecto relevante na verificação da omissão.

No âmbito dessa discussão, destaca-se a abordagem doutrinária que distingue as chamadas omissões genéricas e omissões específicas.²⁴⁴ As primeiras são aquelas que não decorrem diretamente de uma inação estatal. Omissões específicas decorrem de situação em que o Estado se queda inerte, não observando um dever jurídico, criando por isso o risco da ocorrência de um dano. Deborah Pierri²⁴⁵ destaca que essas últimas podem decorrer tanto da inércia do agente, como da invigilância do Estado – trata-se, respectivamente, do que aqui se denominou de ato omissivo (omissão volitiva do agente) e fato omissivo (omissão impessoal atribuída ao aparelho estatal).

Conforme sustentam alguns doutrinadores, são as omissões específicas as aptas a gerar a responsabilidade extracontratual objetiva do Estado. Nesse sentido, comentando a responsabilidade extracontratual do Estado em caso de enchentes, Thiago Marrara apresenta três condições para a configuração da omissão juridicamente relevante:

“Justamente para se resolver essa problemática, há que se fazer distinção entre as omissões genéricas e específicas. Para haver responsabilidade objetiva por omissão nos termos do art. 37, § 6º é preciso que se comprove a omissão específica. Assim, a questão que se põe, inclusive para fins de responsabilização em casos de enchentes, é se o Estado sabia da existência de um risco, tinha possibilidade objetiva de afastá-lo, mas não o fez.

²⁴³ FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado, a omissão inconstitucional e o princípio da proporcionalidade, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 235.

²⁴⁴ Vide: CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 37.

²⁴⁵ PIERRI, Deborah. As omissões dos agentes públicos. *Faute du service* e outros esclarecimentos sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 187.

Em outras palavras, é preciso comprovar três condições: 1) conhecimento real ou presumido do risco pela entidade pública; 2) possibilidade fática de afastamento do risco pelo Estado; e 3) omissão específica que, por consequência, dá origem ao dano - ainda que em concausa. Em última instância, não se trata de analisar o elemento subjetivo da conduta omissiva (culpa ou dolo), mas simplesmente a razoabilidade da omissão.”²⁴⁶

Apesar de se referir a uma situação de dano oriundo de fatos jurídicos (enchentes), tais condições também poderiam ser aplicadas para riscos de danos oriundos de atos jurídicos.

Interessante notar dois aspectos ressaltados pelo doutrinador: primeiramente, a apuração de tais critérios deve se dar objetivamente, sem referência a requisitos subjetivos (ou seja, não é pautada em uma culpa anônima objetivada, muito menos na culpabilidade dos agentes públicos); em segundo lugar, é feita referência ao princípio da razoabilidade²⁴⁷ para se verificar se houve omissão específica.

Atento também a tal problema, Luis Manuel Fonseca Pires²⁴⁸ aponta que o comportamento omissivo do Poder Público que dá o necessário suporte fático à aplicação da regra do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, deve possuir as seguintes características: serem imediatas, concretas e circunstanciadas. Quanto à primeira característica, é necessário que a omissão da Administração Pública seja imediatamente associada ao evento danoso. Não pode ela ser remota ou mediata. Tal característica justificaria, segundo o administrativista, a irresponsabilidade do Estado, por exemplo, pela simples ausência de policiamento em um local onde ocorreria um assalto.²⁴⁹

Em relação à segunda característica, deve-se definir concretamente em que consiste a omissão do Estado, precisando a natureza da inércia associada ao dano. Ou seja, é a identificação do que o Estado (por meio de seus agentes ou impessoalmente)

²⁴⁶ MARRARA, Thiago. As enchentes e a responsabilidade civil do Estado. *Carta Forense [on line]*. São Paulo, 04 maio 2010. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/as-enchentes-e-a-responsabilidade-civil-do-estado/5546>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

²⁴⁷ Conforme Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara, “[r]azoabilidade indica a qualidade de *razoável*, adjetivo de raiz latina, derivado da palavra razão (*ratio*). Trata-se de termo com vários significados, dentre os quais se destacam: logicamente plausível, racional, aceitável pela razão, ponderado e sensato. Na essência, a razoabilidade é mais um juízo do que um princípio. Como juízo, relaciona-se, portanto, com a prudência que, segundo Aristóteles, é a virtude do entendimento que capacita o homem a tomar decisões sensatas” (NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99* comentada. São Paulo: Atlas, 2009, p. 51).

²⁴⁸ Imediatismo esse que poderá ser desconfigurado, por exemplo, se há comunicação do fato a uma autoridade que se queda inerte quando poderia evitar o dano.

²⁴⁹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. Responsabilidade civil do Estado por insuficiência da segurança pública, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 731-732.

precisamente deixou de fazer, qual providência que deixou de tomar que poderia ter evitado o dano.

Finalmente, o comportamento omissivo restará circunstanciado quando se verificar uma descrição detalhada, articulada, com todas as circunstâncias dos fatos ocorridos que autorizem a concluir que, naquela ocasião específica, o Estado deveria ter agido para evitar o dano. Argumenta ainda o publicista que a necessidade de se existirem essas características da omissão afasta a ideia de que o Estado se tornaria um segurador universal ao se adotar a teoria objetiva.²⁵⁰

Assim, aparentemente os três critérios trazidos por Thiago Marrara bem como as características necessárias para a configuração de um comportamento omissivo como requisito apresentadas por Fonseca Pires aparentemente são ideias que se complementam e auxiliam na identificação de uma omissão como fato jurídico hábil a desencadear a responsabilidade do Estado. A análise das circunstâncias fáticas à luz do princípio da eficiência e da boa administração também se mostra relevante.

3.3. Dano e suas características

Conforme apontado, a responsabilidade civil pressupõe a existência de um dano indenizável para ser configurada – alias, esse é um dos pontos distintos da responsabilidade civil em relação às outras formas de responsabilização (em sentido amplo) apontadas no primeiro capítulo. Não há, todavia, grandes peculiaridades que diferencie o requisito do dano na responsabilidade por omissão dos demais casos. Sem prejuízo disso, não menos importante é a abordagem desse requisito para fins do presente trabalho.

Primeiramente, há de se distinguir os conceitos de dano e prejuízo. Conforme aponta Marcelo Benacchio,²⁵¹ o prejuízo jamais pode ser confundido com o dano em si, embora a ocorrência do dano tenha por consequência um prejuízo (não necessariamente econômico).

Deste modo, é perfeitamente possível a existência de prejuízo, patrimonial ou moral, não decorrente de um dano anterior. Nesse sentido, aponta o mencionado

²⁵⁰ É nesse sentido que se apontou anteriormente que não é necessariamente um “dever de evitar o dano” que dá suporte normativo (elemento formal) ao requisito da omissão, mas sim algo a ser constatado no caso concreto específico (integra assim o elemento material da omissão), pautado nesse suporte normativo. Assim, aparentemente é nessa característica de a omissão ser circunstanciada que ocorre o diálogo entre o elemento formal e material da omissão.

²⁵¹ BENACCHIO, Marcelo. Pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado contidos no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 103-106.

civilista o exemplo de prejuízo de ordem patrimonial decorrente da seguinte situação: o Estado decide instalar um distrito industrial em localidade onde determinada empresa operava gerando a esta, em decorrência de concorrência lícita de mercado, prejuízos econômicos. Outro exemplo é a revogação de autorização de uso de bem público – ato, em regra, discricionário – por motivos de interesse público, fazendo que a empresa perca o ponto onde atuava (por exemplo, revogação da autorização para que determinada banca de jornal se instalasse em calçadas, após ser constatado que esta atrapalhava a circulação de pedestres).

Igualmente quando ao ato jurisdicional (comissivo), conforme apontado no capítulo anterior, o fato de haver uma sentença desfavorável a alguma parte jamais poderia gerar a responsabilidade pelo simples argumento de uma parte ter suportado um prejuízo.

Também é possível existência de prejuízo de natureza moral não precedida de dano. Logo, não é cabível a responsabilização do Estado em decorrência de prejuízos à honra objetiva de pessoa legitimamente condenada pelo cometimento de crime que efetivamente cometeu, por exemplo.

Assim, o prejuízo apto a configurar a responsabilidade do Estado é aquele decorrente de dano. Enquanto dano (ou lesão, conforme a terminologia de alguns) é conceito jurídico, o mesmo não ocorre com o prejuízo.

Alerta, ainda, o mencionado civilista que o dano não se situa no campo dos bens, mas sim dos interesses jurídicos das pessoas, haja vista o fato de que o direito não tutela os bens em si, mas sim interesses juridicamente protegidos (que, eventualmente, podem recair sobre bens).

Alguns autores distinguem, conforme alerta Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁵² responsabilidade e sacrifício de direito. Esse último estaria configurado quando o particular sofresse prejuízo decorrente de um direito do Poder Público, decorrente do interesse público, de investir contra direitos daquele. Assim, propriamente

²⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 994-996. Também atento a tal aproximação da responsabilidade por atos lícitos e a noção de dever de indenizar em decorrência de sacrifício de direito, Fernando Dias Menezes de Almeida aponta que, nessas situações, “o ordenamento jurídico autoriza o sacrifício e, ao mesmo tempo, impõe (se for o caso) o dever de indenizar” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Responsabilidade extracontratual do Estado por atos lícitos: ensaio em homenagem a Guido Soares, in CASELLA; CELLI JUNIOR; MEIRELLES; POLIDO (org.). *Direito internacional, humanismo e globalidade*: Guido Fernando Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2008, p. 21).

não se trataria de indenização por responsabilidade do Estado, mas sim um ressarcimento pelo sacrifício de um direito (por exemplo, na desapropriação).²⁵³

Nesse sentido, poder-se-ia dizer que haveria um direito de indenização pelo particular, correlato a um dever do Estado de realizar essa recomposição patrimonial, que configuraria uma verdadeira obrigação primária. A responsabilidade apenas surgiria com o descumprimento dessa obrigação primária (como uma obrigação secundária). Nesse sentido, o conceito de responsabilidade poderia retornar aquela ideia civilista de que a responsabilidade, obrigação secundária, surge da violação de uma obrigação primária – apresentada anteriormente na conceituação apresentada por Sergio Cavalieri Filho no início do presente capítulo.

Entretanto, opta-se aqui por manter a terminologia responsabilidade indistintamente para ambos os casos – responsabilidade por atos lícitos e ilícitos. Isso por dois motivos. Primeiramente porque a própria Constituição, em sua regra geral de responsabilidade, trata ambas as situações indistintamente como casos de responsabilidade do Estado. Além disso, aparentemente não há uma ampla liberdade conferida àqueles que atuam em nome do Estado de indenizar os particulares sempre que qualquer atuação estatal impor um sacrifício demasiado sobre seus patrimônios – tendo eles que recorrer à via judicial, pelo instituto da responsabilidade do Estado (por atos lícitos), para ter seu patrimônio recomposto (ou mesmo ter um dano moral indenizado). Excepcionalmente é possível a indenização dos particulares quando o ordenamento expressamente impõe tal obrigação ao Estado, por exemplo, no caso da desapropriação (artigo 5º, inciso XXIV) e requisição de bem particular quando houver dano (artigo 5º, inciso XXV) – ocasiões em que a própria Constituição utiliza a termo “indenização”.

Em segundo lugar, porque a responsabilidade por atos lícitos não está exclusivamente fundada na repartição igualitária dos ônus e encargos. Filia-se aqui ao entendimento apresentado por Gabardo e Hachem, de origem do direito francês, de a responsabilidade do Estado *sans faute* pode apresentar dois fundamentos: a teoria do risco e a teoria da repartição igualitária dos ônus e encargos sociais.²⁵⁴ Assim, essa

²⁵³ Conforme alerta o publicista, a doutrina italiana distingue o termo “indenização”, para designar o direito do indivíduo de ter seu patrimônio recomposto em decorrência da investida legítima do Poder Público em seu patrimônio (em decorrência do interesse público), do termo “ressarcimento”, para os casos de responsabilidade. Entretanto, conforme faz o próprio publicista mencionado, utilizam-se aqui os termos indistintamente.

²⁵⁴ Considerando, ainda, que a responsabilidade *per faute* pode ter por fundamento o próprio princípio da legalidade (em sentido amplo).

própria noção de indenização por sacrifício de direito, embora fundamental, pode não ser suficiente para explicar absolutamente todas as hipóteses de responsabilidade por atos lícitos. Ademais, independentemente do fundamento, tais questões são tratadas como responsabilidade.

Assim, não se vislumbra aqui grande relevância em mencionada distinção terminológica, de maneira que ocorrerá dano quando o determinado indivíduo suportar um prejuízo que, de direito, não estaria obrigado a suportar. A despeito disso, a compreensão da indenização de sacrifício de direito pode ser fundamental para compreender uma característica do requisito do dano e a sua amplitude (por isso, alias, optou-se por abordar tal distinção no presente item).

Feitas essas considerações, importante analisar quais os critérios que elevam um mero prejuízo à condição de dano. Em uma abordagem do assunto, pautada no princípio da proporcionalidade, Juarez Freitas aponta que:

“o dano juridicamente injusto, que prejudica direito ou interesse legítimo (individual ou transindividual), caracteriza-se por ser: (i) certo, (ii) especial (não eventual), ainda que reflexo e (iii) discrepante dos parâmetros do normalmente aceitável. Numa palavra: desproporcional”²⁵⁵

Para Ricardo Marcondes Martins,²⁵⁶ a teoria tradicional (estruturada no tripé fato, nexa e dano) não apresenta critérios seguros para verificação da antijuridicidade do prejuízo (segundo o publicista, estes estariam abrangidos no critério da imputabilidade por ele desenvolvido). Todavia, aponta que, ainda que não reconheça estas como critérios para aferição da antijuridicidade do prejuízo, a certeza, a anormalidade e a especialidade (quando se referir a atividades lícitas) são características do dano.

Para Paulo Modesto, o dano ressarcível restará configurado quando observadas as seguintes condições:

- a) prova de prejuízo objetivo, real, efetivo, avaliável em termos patrimoniais;
- b) prova de prejuízo especial, individualizado, de sacrifício desigual, singular, com particular incidência danosa sobre a esfera jurídica do lesado;
- c) demonstração de antijuridicidade objetiva, vale dizer, de inoportunidade do dever de suportar o dano por parte do lesado;

²⁵⁵ FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado, a omissão inconstitucional e o princípio da proporcionalidade, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 230.

²⁵⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexa de causal e imputação objetiva, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 372-374.

- d) possibilidade de imputação dos danos à ação ou omissão do Estado ou de terceiros em atuação delegada;
- e) ausência de causas de exoneração da responsabilidade admitidas em direito.”²⁵⁷

Edmir Netto de Araujo,²⁵⁸ fazendo um apanhado das características do dano indenizável, sustenta que, para que seja apto a gerar o dever de indenização, é necessário que seja: certo, atual ou futuro, especial, anormal, referente às situações protegidas pela ordem jurídica e de valor economicamente relevante.

Dano certo é aquele fundado em fatos precisos e não sobre hipóteses. O dano pode ser futuro no sentido de que ele poderá diminuir ou impedir benefícios a que a vítima teria direito.

Dano especial é aquele individualizado, que não incide sobre toda a coletividade. Conforme apontado, Ricardo Marcondes Martins entende – acertadamente – que os danos originados de atividades ilícitas não precisam ser especiais. Assim, permite-se que danos oriundos da cobrança indevida de tributos, incidentes sobre toda a coletividade, possam ser indenizados. A especialidade, assim, associa-se ao princípio da igualdade. A existência de prejuízos, originado de atos ou atividades lícitas, impactantes sobre a coletividade em geral, que a princípio configurariam dano, podem não ser assim qualificadas haja vista o suporte dos prejuízos por toda a coletividade. Justamente nesse ponto que a abordagem a respeito da noção de indenização por sacrifício de direito auxilia a compreender o instituto do dano quando se fala em atividade lícita.

Quanto à anormalidade, esta restará configurada quando o prejuízo ultrapassar os encargos comuns da vida em coletividade. Associa-se tal critério ao que o Juarez denominou de “discrepante dos padrões normalmente aceitáveis”, ou seja, desproporcional.

A anormalidade é característica tanto do dano moral como do patrimonial. A conhecida tese de que os “meros dissabores” não ensejam a responsabilização por dano moral é construída justamente com base nessa característica – ou seja, o “mero dissabor” não seria um prejuízo moral anormal, de modo a não se elevar à condição de dano passível de indenização. Em relação aos danos patrimoniais, a anormalidade coincide com a necessidade de o dano ter valor econômico relevante.

²⁵⁷ MODESTO, Paulo. Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional, *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 13, mar./abr./maio 2008, p. 11-12. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%20C7O-2008-PAULO-MODESTO.PDF>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

²⁵⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso direito administrativo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 794-795.

Enfim, quanto ao fato dele se referir a situações protegidas pela ordem jurídica, encaramos mais como um pressuposto do dano que uma característica, uma vez que esse é o traço distintivo entre esse e o mero prejuízo. Assim, preferimos distinguir as expressões “prejuízo”, “dano” e “dano indenizável” – as duas primeiras já conceituadas anteriormente, e essa última para designar o dano combinado com os demais requisitos da responsabilidade, gerando direito à indenização.

Feitas estas considerações sobre o dano ligado às omissões estatais – que, em verdade, não apresenta muitas peculiaridades próprias – cumpre verificar como se dá o elo de ligação entre elas para qualificar o surgimento da responsabilidade extracontratual do Estado.

3.4. Nexo causal e imputação

A verificação do elo entre a omissão e o dano – requisitos esses que, conforme os itens anteriores, devem apresentar uma série de características para se configurarem – é o terceiro requisito para a configuração da responsabilidade do Estado. Em conformidade com a crítica anteriormente feita, muitas vezes discute-se aparentemente questões ligadas a esse requisito no suposto requisito da culpa.

Discorrendo sobre esse requisito, Rosimeire Ventura Leite sustenta o seguinte:

“Viu-se que o dever estatal de reparar o dano, depois de longo caminho, encontrou fundamento na teoria do risco, que substituiu a comprovação da culpa pela demonstração do nexos de causalidade, de modo que a responsabilidade do Estado para com o terceiro lesado é aferida objetivamente.”²⁵⁹

Embora a autora esteja correta quanto à adoção por nosso ordenamento da teoria objetiva, entende-se que a necessidade de se observar esse liame que liga a conduta e o dano não veio a substituir a necessidade de se apurar a culpa existente na teoria subjetivista, pois esse requisito também está presente na verificação da responsabilidade pela modalidade subjetiva.

Feita essa observação, cumpre abordar as teorias tradicionalmente apresentadas pela doutrina para verificação do nexos causal (teorias essas importadas do direito penal

²⁵⁹ LEITE, Rosimeire Ventura. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 76

e do direito civil). Analisando alguns trabalhos específicos que fazem um apanhado das teorias causais,²⁶⁰ é possível destacar três principais.²⁶¹

Inicialmente, ganhou destaque a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), que considera causa todos os fatores que concorrem para a ocorrência de determinado evento (no caso, o dano). Nela, todos os antecedentes do resultado são igualmente relevantes. Cada evento da cadeia causal pode ser considerado condição para a ocorrência do evento subsequente dela, até se chegar ao resultado. Em um exercício de suposição (mental), caso um evento seja suprimido da cadeia causal e o resultado não ocorrer, será esse evento considerado causa (evento hipotético eliminatório).

Não há por essa teoria, por exemplo, distinção entre causas e condições do dano, causa e concausa, causa essencial e causa assessória, etc. Tal teoria é costumeiramente criticada, dentre outras coisas, pela ausência de distinção entre as causas “mais relevantes” para a ocorrência do resultado danoso, bem como por possibilitar uma “digressão ao infinito” cadeia causal. Além disso, poderia ocorrer a disseminação da responsabilidade sob um grande número de agentes.

Para temperar esse problema da “regressão ao infinito”, tem-se a teoria da superveniência da causa relativamente independente. Segundo essa, a ocorrência de um evento posterior, qualificado como causa relativamente independente, desqualificaria como causa o evento anterior que, em princípio, apresentar-se-ia como causa do dano. Trata-se da força interruptiva da cadeia causal. Ou seja, para que um evento analisado não seja considerado causa, deve analisar se há outro evento posterior, relativamente independente desse analisado, que também se qualifica como causa do dano (condição posterior ao evento, reputada como causa). Tanto a teoria da equivalência das condições como a teoria da superveniência da causa relativamente independente influenciaram a

²⁶⁰ Vide, por exemplo: MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexos de causal e imputação objetiva, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 366-369; SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexos causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado, in FREITAS (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 274-283; AHUALLI, Tânia Mara. Ensaio sobre o nexos de causalidade na responsabilidade civil do Estado, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 353-355; MOREIRA, João Batista Gomes. Nexos de causalidade (do dano, para efeito de responsabilidade do Estado): reexame do tema, *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 39, set./out. 2006, p. 33-42, dentre outros. Nesses estudos, tais teorias são apontadas como as que mais tiveram destaque.

²⁶¹ Como a intenção aqui não é, evidentemente, aprofundar nesse tema específico, opta-se por abordar apenas essas três teorias principais. Para um estudo mais aprofundado delas, recomenda-se a leitura da seguinte obra: CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexos causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Nela a autora aborda oito teorias a respeito do nexos de causalidade.

redação, respectivamente, do *caput* e do §1º do artigo 13 do Código Penal brasileiro vigente.²⁶²

A segunda aqui abordada é a da causalidade adequada. Trata-se da teoria que mais se destacou dentre as chamadas teorias causais restritivas.²⁶³ Por ela, deve-se distinguir, dentre os diversos eventos potencialmente causadores, os que sejam aptos a dar ensejo à imputação. Aborda-se a causalidade em razão das possibilidades e probabilidades de o resultado ocorrer considerando os eventos analisados do ponto de vista abstrato. Trata-se do procedimento denominado “prognose póstuma” ou “prognose retrospectiva”, em que o julgador, posteriormente ao resultado, por meio de um juízo hipotético, verifica se o evento teria aptidão a gerar o resultado. Se, do ponto de vista abstrato, a relação de causa e consequência entre o comportamento e o resultado é incomum, esse evento não será considerado causa para efeitos de responsabilidade.

Dentre as críticas de tal teoria estão a complexidade em se adotar critérios seguros para se aferir, nesse juízo hipotético, se o comportamento é adequado ou não para gerar o resultado, bem como a ampliação do arbítrio do julgador.

Enfim, outra teoria que ganhou destaque foi a do dano direto e imediato (da relação causal imediata ou ainda da interrupção do nexo causal). Ainda nos domínios da teoria da causalidade adequada, houve quem passou a sustentar que a causa adequada seria a conduta que aparecesse em último lugar na cadeia causal (causa imediata). A partir daí, surgiram as teorias do dano direto e imediato. O Código Civil vigente, no âmbito da responsabilidade contratual, aparenta ter adotado tal teoria em seu artigo 403.²⁶⁴

Em uma concepção mais extrema, ela aponta que a última condição, encarada puramente no aspecto cronológico, é a que deve ser considerada causa do dano – de maneira que o suposto causador do dano apenas responderia se o nexo causal entre sua ação ou omissão fosse direto e imediato. Se levada nesse ponto extremo, tal teoria

²⁶² “Relação de causalidade

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de causa independente

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

(...)”

²⁶³ Existem outras teorias causais restritivas, como a teoria da causa próxima, da causa eficiente, da causa preponderante, do escopo da norma jurídica violada, da ação humana, etc.

²⁶⁴ “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

poderia ser extremamente injusta, haja vista o fato de que o antecedente mais próximo nem sempre é o que determinou o resultado.

Uma subteoria, entretanto, ganhou destaque no âmbito dessas foi a pautada no critério da necessidade ou inevitabilidade. Para ela, a causa próxima é aquela necessária para a ocorrência do resultado, mas não a mais próxima do ponto de vista cronológico, embora esse aspecto possa ser levado em conta. Admite assim, dentro de certos limites, a atribuição de causa a eventos indiretos e mediatos. Para que isso ocorra, é necessário que esse evento indireto seja imprescindível para a ocorrência do resultado. Tal teoria da necessidade, assim como a da causalidade adequada, sofre críticas por gerar insegurança devido à falta de critérios precisos para determinar qual conduta seria considerada causa necessária. Além disso, restringe demais as hipóteses de responsabilização por exigir que uma condição, além de necessária, seja suficiente para causar o dano – o que poderia dificultar o estabelecimento da responsabilidade em situações de “concursos de causas” que isoladamente não seriam suficientes para dar ensejo ao resultado.²⁶⁵ Basicamente foram essas as teorias a respeito do nexo causal que mais se destacaram.

O STF, no emblemático RE 130.764-1/PR, rel. Min. Moreira Alves, d.j. 12.05.1992, já decidiu pela aplicação da teoria do dano direto e imediato (com fundamento no artigo 1.060 do CC/1916, equivalente ao art. 403 do CC/2002). No caso, afastou-se a relação de causalidade entre a fuga de presos por descuido de agentes penitenciários e os danos decorrentes de um assalto a uma joalheria 21 meses depois (o lapso temporal, *per se*, romperia a relação causal). Nesse julgado, a teoria da equivalência das condições é expressamente afastada pelo Min. Sepúlveda Pertence, segundo o qual tal teoria sequer é levada a cabo no direito penal (pela mitigação da causa superveniente relativamente independente). Também no julgamento do RE 136.247-2/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, d.j. 20.06.2000, reconheceu-se a aplicação da teoria da causalidade necessária.

²⁶⁵ A respeito das situações de “concorrência de causas” Rodrigo Valgas dos Santos faz menção a três sistemas possíveis de serem utilizados para a “distribuição da responsabilidade”: (i) *sistema da paridade*, pelo qual se faz uma divisão da reparação do dano em partes iguais; (ii) *sistema da gravidade da culpa*, que divide a reparação do dano na proporção da culpa de cada corresponsável – inadequado, pois culpas mais leves podem influir mais na ocorrência do resultado, além do que é inaplicável no âmbito da teoria da responsabilidade objetiva); e (iii) *sistema do nexo causal*, que distribui o dano na “medida da eficácia do nexo causal” (SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado, in FREITAS (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 281).

Especificamente quanto à responsabilidade por omissão, alguns autores sustentam que a relação de causalidade é normativa e não física. Nesse sentido, aponta João Batista Gomes Moreira que “[n]a omissão, a causalidade é normativa, não física, como ocorre no ato positivo. (...) Nessa hipótese, mister se faz a comprovação do nexo de causalidade em termos normativos e não naturalísticos”.²⁶⁶

Com a devida vênia ao autor, tal posição parece ser equivocada. Se por um lado é correto supor que, na omissão, o estabelecimento do liame entre a conduta omissiva e o resultado danoso apto a ensejar o dever de reparação é normativo, por outro, é incorreto supor que em qualquer outra situação esse liame não o seja.

Conforme destaca Paulo Modesto,

“[a] causalidade no direito é causalidade normativamente estabelecida. Ao antecessor (causa) não se segue necessariamente o sucessor (efeito). No sistema jurídico, dado o fato jurídico deve ser a consequência que lhe corresponda. Trata-se de relação normativa, prescritiva ou deôntica, distinta do seu correspondente empírico. Ademais, a causalidade normativa pode ocorrer independente da causalidade natural ou física. No plano jurídico, por exemplo, a omissão pode ser qualificada como antecedente causal para um consequente normativo. No plano natural, a omissão não constitui causa eficiente de efeito qualquer, por traduzir um não-fazer. No entanto, a omissão é juridicamente relevante toda vez que existir dever jurídico de impedir resultado e possibilidade razoável de evitá-lo. A omissão ingressa na hipótese da norma de responsabilidade como suporte fático valorado, como conceito empírico acrescido de valoração, não como puro correspondente da série infinita dos fatos sociais. Havendo dano antijurídico, que não se está obrigado a suportar, causado por omissão, há fato jurídico suficiente para deflagração da responsabilidade do Estado”.²⁶⁷

Se a conduta comissiva é apta a “causar” do ponto de vista naturalístico o dano, e a conduta omissiva apenas pode ser uma “condição” para a ocorrência desse – e não uma “causa” natural propriamente dita – tal fato em nada altera a possibilidade de ambas gerarem a responsabilidade objetiva do Estado, desde que haja um liame normativo que ligue à conduta ao dano. Tal liame não é feito propriamente pelo nexo

²⁶⁶ MOREIRA, João Batista Gomes. Nexos de causalidade (do dano, para efeito de responsabilidade do Estado): reexame do tema, *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 39, set./out. 2006, p. 39.

²⁶⁷ MODESTO, Paulo. Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional, *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 13, mar./abr./maio 2008, p. 13-14. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C70-2008-PAULO-MODESTO.PDF>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

causal (que sequer existe em relação às condutas omissivas), mas sim pela imputação jurídica do resultado danoso à conduta.

Sobre o assunto, Luis Manuel Fonseca Pires²⁶⁸ explica que o nexos causal se explica pelo modal apofântico, inerente às leis da natureza (função descritiva, a definição do ser), e, portanto, apenas é possível em relação às condutas comissivas. Já a imputação normativa se estrutura sob o modal deôntico, regulando as condutas humanas (função prescritiva, estipulando o dever ser), responsável pela qualificação jurídica do fato – podendo incidir tanto sobre condutas comissivas como omissivas.²⁶⁹

Discorrendo ainda sobre tal distinção, aponta que a norma geral de responsabilidade prevista na Constituição jamais poderia reger a relação causal – plano das leis naturais – mas sim uma relação de imputação normativa (que, naturalmente, serve tanto à ação quanto à omissão).²⁷⁰ Assim, tem-se reforçada a impropriedade do argumento de que o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição regeria apenas a responsabilidade na modalidade comissiva.

Em interessante artigo sobre esse tema, Ricardo Marcondes Martins, após sintetizar a crise sofrida pelo causalismo nas ciências naturais e destacando como essa percepção passou aos poucos a influenciar as ciências jurídicas, chama a atenção para a necessidade de se encarar esse liame sob o ponto de vista da imputação jurídica e não mais da causalidade. Referindo-se a tais teorias causais apresentadas, discorre que:

“Logo, a doutrina percebeu que essas teorias restritivas não eram teorias causais. Elas não identificam, ao contrário do que faz a teoria da equivalência, quando, do ponto de vista naturalístico, um evento é causa de outro, se os efeitos juridicamente previstos devem ou não ser imputados a esse evento. Quer dizer, são teorias de *imputação* e não teorias de *nexo causal*.”²⁷¹

Além de criticar o fato de essas teorias serem encaradas como causais, Martins também chama atenção para uma insuficiência dos critérios abstratos dessas teorias para

²⁶⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. Responsabilidade civil do Estado por insuficiência da segurança pública, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 718.

²⁶⁹ Assim, aparentemente é mais adequado encarar a relação de causalidade como um pressuposto lógico-apriorístico da possibilidade de se imputar a responsabilidade ao Estado por um comportamento comissivo do que um requisito da responsabilidade.

²⁷⁰ PIRES, Luis Manuel Fonseca. Responsabilidade civil do Estado por insuficiência da segurança pública, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 719.

²⁷¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexos de causal e imputação objetiva, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 368.

identificação das condutas as quais é possível se imputar um resultado danoso.²⁷² Para tal, o autor chama a atenção para o desenvolvimento de uma teoria da imputação objetiva adaptada ao direito público – pois há diversas diferenças entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil, sobretudo a responsabilidade civil do Estado.

Evidentemente que o aprofundamento nessas questões extrapolaria os objetivos do presente trabalho. Todavia, de maneira sucinta, tem-se que o autor, baseado na doutrina do administrativista espanhol Eduardo Garcia de Enterría, apresenta quatro causas de imputação da responsabilidade (causas essas que se aproximam dos fundamentos da responsabilidade anteriormente abordados):²⁷³

a) Atuação lícita da Administração: não se confundindo, segundo o administrativista, com o sacrifício do direito (que, segundo o autor, não configurariam propriamente causas de responsabilidade),²⁷⁴ configura-se quando o efeito típico da atuação não é causar o dano, mas este é reflexo. Dá-se como exemplo um ato de revogação que frustre, além do razoável, a expectativa de estabilidade de um ato.

b) Risco criado: nesse caso, a atuação administrativa não é ilícita, nem gera como efeito direto ou indireto dano, todavia ele decorre do caso fortuito.²⁷⁵ Segundo o autor, distingue-se o caso fortuito da força maior, pois o primeiro é verificado pela indeterminação e pela interioridade, enquanto a segunda caracteriza-se pela determinação irresistível e pela exterioridade. A força maior, embora possa ser prevista (determinação), é inevitável (irresistível) e não está relacionada com um evento da Administração, mas sim evento da natureza (exterioridade). Não dá ensejo assim à imputação de responsabilidade do Estado, pois além de não ser atribuída a alguma atividade estatal (o que afastaria o fundamento da teoria do risco), não poderia ser evitado pela atuação do Estado (não podendo a ele ser imputado, portanto). Já o caso fortuito, ao menos para o direito administrativo, embora seja imprevisível, está associado à atuação da Administração (interioridade), de maneira a aperfeiçoar a

²⁷² MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexos de causal e imputação objetiva, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 368-369.

²⁷³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexos de causal e imputação objetiva, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 378-382.

²⁷⁴ Embora, conforme já apontado, são aqui consideradas indistintamente causas de responsabilidade.

²⁷⁵ A respeito da precisa distinção entre os fortuitos internos e externos e a sua interferência na aferição do liame entre a conduta estatal e o dano, vide: PIRES, Luis Manuel Fonseca. Fortuitos internos e externos e a responsabilidade civil do Estado, *Revista Trimestral de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 54, 2011, p. 95-104.

imputação pelo risco. Segundo o autor, o famoso caso *Àgnes Blanco* é um típico exemplo de caso fortuito.

c) Proibição do enriquecimento sem causa: hipótese essa desprovida de qualquer relação de causa, mas sim no benefício resultante ao imputado do fato do dano sofrido pelo prejudicado. Assim, por exemplo, o administrado que trabalhou irregularmente, apesar da natureza contrária ao ordenamento desse vínculo, deve ser indenizado.

d) Atuação antijurídica do Estado: fundado no princípio da legalidade em sentido amplo (juridicidade), tem-se que o Estado, com fundamento no princípio do Estado de Direito, deve indenizar o particular.

Nota-se que essas quatro causas de imputação da responsabilidade ao Estado apresentados (atuação lícita, risco, enriquecimento sem causa e atuação ilícita) aproximam dos três fundamentos da responsabilidade apontados por Gabardo e Hachem (igualdade, risco – para as atuações lícitas – e legalidade – para as ilícitas).

Feitas essas observações, cumpre por fim, analisar as chamadas excludentes de responsabilidade. Tradicionalmente, são apresentadas três hipóteses: o fato da vítima, o fato de terceiro e a força maior (juntamente com o caso fortuito, para alguns).²⁷⁶ Antes de analisá-las, cumpre tecer algumas considerações de ordem terminológica.

Primeiramente, não parece correto a utilização da expressão “excludente de nexos causal”. Isso por conta de todas as críticas já feitas quanto a questão da causalidade e imputação. Ora, se uma conduta comissiva integra a cadeia causal (do ponto de vista naturalístico), não tem como “excluí-la”. O que se faz é imputar o resultado a uma (ou algumas) dessas condutas. Quando se trata de omissão, sequer é possível falar em nexos causal.

Em segundo lugar, tampouco parece adequada a expressão “excludente de responsabilidade”. Conforme Luis Manuel Fonseca Pires, as conhecidas “hipóteses de exclusão de nexos causal” ou “causas de exclusão da responsabilidade” são, em verdade, circunstâncias que simplesmente revelam a inexistência da imputação normativa.²⁷⁷ Apenas se exclui aquilo que está previamente configurado. No caso da responsabilidade, o que se faz é, após a ocorrência do resultado danoso, imputá-lo juridicamente a alguma(s) das condutas.

²⁷⁶ Nesse sentido: SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexos causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado, in FREITAS (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 283-289.

²⁷⁷ PIRES, Luis Manuel Fonseca. Responsabilidade civil do Estado por insuficiência da segurança pública, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 718.

Em realidade, ao julgador cabe apenas verificar se esse elo entre a conduta e o resultado existe ou não do ponto de vista normativo. Não há uma previa formação do liame que posteriormente se exclui. Ou ele existe ou não existe. Também não há uma prévia configuração da responsabilidade que posteriormente é excluída. Ocorrido o resultado danoso, a norma jurídica, no plano deôntico, já determina a imputação à determinada conduta (embora, a depender do interprete, possa haver diferenças quanto à interpretação dos fatos e do direito, fato esse inerente à aplicação do direito). Portanto, nem mesmo alguma expressão do tipo “excludentes de imputação” seria apropriada. Devem ser encaradas como eventos que influenciam na verificação da imputação ou atribuição de responsabilidade.

Enfim, entende-se serem bastante inapropriadas a expressão “culpa de terceiros”. Isso porque, no processo de verificação da possibilidade de se imputar (parcial ou totalmente) à conduta do Estado a ocorrência de determinado dano, a verificação da conduta de terceiros não deve levar em conta o elemento volitivo desses. Ora, é a conduta do terceiro que pode interferir na avaliação da imputação do dano à conduta do Estado, mas não o elemento volitivo dessa conduta. Mais inapropriado ainda é a expressão “culpa (exclusiva ou concorrente) da vítima”. Além desses motivos anteriores, tem-se a total inadequação de se falar em culpa, em um sentido minimamente técnico, de quem justamente sofreu o dano.²⁷⁸ Evidentemente que o termo “culpa” é utilizado nesses casos de maneira bastante usual.

Tecidas tais considerações críticas, cumpre reconhecer que, embora sejam criticáveis do ponto de vista técnico, as expressões são bastante consagradas na doutrina – podendo, assim, serem utilizadas ao longo do presente trabalho, mas com o conhecimento de tais críticas.

O mencionado projeto de lei sobre responsabilidade do Estado prevê tais hipóteses no artigo 7º e 8º:

Art. 7º. São causas excludentes da responsabilidade a força maior, o caso fortuito, o fato de terceiro e a culpa exclusiva da vítima.

Parágrafo único - Se as ações ou omissões da pessoa jurídica, as faltas de serviço ou os fatos do serviço, da obra e da coisa, concorrerem com a força maior, do caso fortuito ou do fato de

²⁷⁸ No âmbito do direito penal, por exemplo, há o chamado “princípio da alteridade”, pelo qual se veda a responsabilização penal por lesão a bem jurídico próprio. Pode haver responsabilidade, no máximo, casos em que a lesão a bem jurídico próprio também ocasione lesão a bem jurídico alheio, como no caso da fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro (artigo 171, §2º, inciso V, do Código Penal).

terceiro, bem como na hipótese de culpa da vítima, haverá responsabilidade proporcional.

Art. 8º. Se o dano for provocado por uma pluralidade de causas, todas deverão ser proporcionalmente consideradas na determinação do valor do ressarcimento.

Quanto ao fato de terceiro e a culpa da vítima, concorda-se com a possibilidade de elas fazerem com que a responsabilidade não seja imputada ao Estado. Todavia, é importante se ter em mente o seguinte: não basta existir um fato de terceiro ou da vítima na conjuntura fática em que ocorreu o dano. Deve o fato ser hábil a tornar inexistente a imputação do dano à conduta estatal. Por outro lado, quanto ao fato de terceiro, cumpre observar que ele não requer necessariamente a existência da imputação da responsabilidade a tal terceiro (que, se for particular, pressuporia, em regra, a culpa ou dolo desse) para que não haja imputação ao Estado – ou seja, a exclusão da responsabilidade do Estado não depende da “transferência” da responsabilidade para outrem. Por fim, é possível que haja imputação simultaneamente a duas condutas – do Estado e do terceiro – caso em que a responsabilidade será proporcional e, ao menos como (acertadamente, entende-se aqui) dispõe o projeto, sem solidariedade.

Quanto ao caso fortuito, entende-se aqui, pelas mesmas razões apresentadas por Ricardo Marcondes Martins, que não foram bem os redatores do projeto. Embora utilizando a terminologia “rompimento do nexos causal”, concorda-se com Arnor Lima Neto ao apontar que “[a] força maior é um fato externo enquanto o caso fortuito está inserido no ato do agente estatal, razão pela qual o nexos causal não é rompido e persiste a responsabilidade”.²⁷⁹ Seria interessante a menção apenas aos fortuitos externos.²⁸⁰ Quanto à força maior, andou bem o projeto em inseri-la como excludente.

Enfim, cumpre fazer um breve registro das causas excludentes de imputação²⁸¹ apresentadas por Ricardo Marcondes Martins.²⁸² Apontando a maior dificuldade em se

²⁷⁹ LIMA NETO, Arnor. A responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrentes da função judiciária no Brasil, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 27, n. 47, jan./jun. 2002, p. 64.

²⁸⁰ Concordamos assim com Fonseca Pires. Para o autor somente os fortuitos externos afastariam a responsabilidade. A semelhança entre os internos e externos está no traço da imprevisibilidade, enquanto a diferença está no fato de somente aqueles guardarem relação com a organização da atividade estatal empreendida (PIRES, Luis Manuel Fonseca. Fortuitos internos e externos e a responsabilidade civil do Estado, *Revista Trimestral de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 54, 2011, p. 98-103).

²⁸¹ Pelas razões anteriormente apontadas, entende-se que, aparentemente, uma terminologia tal como “fatores impeditivos da imputação da responsabilidade ao Estado” poderia ser mais interessante.

²⁸² MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexos de causal e imputação objetiva, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 382-388.

estabelecer as causas que impedem a imputação do dano à conduta estatal do que propriamente as circunstâncias gerais que ensejam a imputação (já apresentadas anteriormente), e ciente da etapa embrionária de desenvolvimento desse tipo de estudo no direito administrativo, o autor esboça seis excludentes: a participação do administrado na produção do vício (o que, segundo o autor, não dependeria, a princípio, da existência de má-fé do administrado); a atuação pela diminuição do risco pela Administração (por exemplo, pela atuação não culposa de médico público para tratar do paciente); assunção consciente de um risco pela suposta vítima (como no caso do suicida que pula em frente a um veículo público); domínio, pelo Estado, da situação jurídica (por exemplo, quando o Estado reduz o regime jurídico dos servidores públicos, respeitada a irredutibilidade de vencimento, no na revogação da permissão de uso de imóvel público); generalidade da atuação lícita do Estado (embora, em tais casos, seja possível afastar a responsabilidade pelo requisito do dano); e a normalidade do dano (ponto que também poderia ser afastado com os requisitos do dano já apresentados).

Enfim, traçados todos esses requisitos para a configuração da responsabilidade do Estado por omissão, cumpre tecer um último comentário. Em matéria de responsabilidade extracontratual do Estado, sempre haverá um grau considerável de subjetividade do intérprete ao se deparar com determinado caso. Seja pela maneira com que cada um aprecia as provas (e a matéria fática, no caso da responsabilidade, quase sempre estará presente), seja pela forma com que cada um encara os fatos comprovados, ou mesmo, pela peculiaridade com que cada jurista maneja os requisitos da responsabilidade. A responsabilidade extracontratual do Estado, embora não esteja pautada em critérios subjetivos, sempre estará vulnerável à subjetividade do interprete – basta constatar a oscilação da jurisprudência nesta matéria.

Assim, o papel da doutrina é criar instrumentos aptos a reduzir, ao máximo, esse alto grau de subjetividade. A realização de estudos específicos em matéria de responsabilidade pela via omissiva (por danos ambientais, enchentes, secas, segurança pública, etc.) é de fundamental importância para identificar as possíveis omissões antijurídicas. É o que se pretende fazer no presente estudo em relação às omissões do Poder Judiciário.

4. OMISSÕES JUDICIAIS: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Analisando as mazelas estruturais do Judiciário brasileiro, não é preciso muito esforço para se concluir que o fator tempo é um dos mais problemáticos e o que possivelmente mais traz, de uma maneira geral, problemas ao jurisdicionado. Conforme José Rogério Cruz e Tucci, é “[d]esnecessário repetir que o fato tempo, que permeia a noção de processo judicial, constitui, desde há muito tempo, o principal motivo de crise da Justiça”.²⁸³

A omissão judicial é possivelmente a modalidade de conduta do Estado-Juiz que, do ponto de vista quantitativo, mais gera danos aos cidadãos-jurisdicionados.

Referindo-se à “denegação de justiça” em uma acepção mais ampla do que a que aqui será adotada (vide item 5.1) – aproximando-a do gênero omissão judicial – Maria Sylvia Zanella di Pietro aponta que:

“[a] denegação da justiça é uma das mais graves atividades danosas praticadas pelo magistrado, pois deixa sem contrapartida o direito constitucionalmente previsto de obter, pela via da ação judicial, a proteção aos direitos lesados ou ameaçados. Não há como negar a responsabilidade do Estado, além da responsabilidade pessoal do juiz, pelos danos decorrentes dessa lesão.”²⁸⁴

Conforme já amplamente exposto em momentos anteriores, o instituto da responsabilidade do Estado envolvendo condutas do Poder Judiciário, embora amplamente aceito pela doutrina,²⁸⁵ ainda se apresenta como um verdadeiro tabu no âmbito do Poder Judiciário.

Embora não se possa afirmar com precisão os motivos de tal discrepância, é possível cogitar algumas causas que, isoladamente ou em conjunto, levam ao baixo grau de aplicação do instituto. Dentre elas é possível cogitar de algumas:

- a) Acatamento dos argumentos relativos à tese da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicional, ou mesmo, em relação a atos não jurisdicionais.
- b) Receio dos magistrados de se condenar o Estado a ressarcir os danos causados por atos e omissões de seus pares, seja por tal decisão impactar na independência da

²⁸³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ineficiência da administração da Justiça e dano moral, *Tribuna do Direito*, São Paulo, v. 4, n. 41, set. 1996.

²⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n. 198, out./dez. 1994, p. 94.

²⁸⁵ É bastante notório o fato de a quase totalidade dos estudos levantados para a elaboração da presente tese, ainda que apresentem diferenças de entendimento quanto à extensão e amplitude desta, encaminham no sentido de admitir a responsabilidade do Estado envolvendo atos e omissões do Poder Judiciário (muitos deles, inclusive, em relação a atos jurisdicionais).

magistratura, seja por sentimento corporativista, seja pelo desconforto inerente ao julgamento de questões relacionadas a seus colegas.

c) Baixa provocação do Poder Judiciário em relação a ações dessa natureza, que pode decorrer, dentre outras coisas, do receio das partes e dos advogados em gerar uma animosidade com os magistrados, pela descrença na obtenção de êxito em tais demandas, ou mesmo, por não estarem habituados os advogados a buscar essa via.

d) No caso dos atos comissivos (notadamente os de caráter jurisdicional), pelo receio de que o aumento das condenações poderia gerar aos magistrados preocupações quando forem decidir. Tal fato afetaria reflexamente, de maneira negativa, o bom desempenho das funções institucionais desses agentes, pois os juízes passariam a atuar mais preocupados com a não geração de danos do que propriamente encontrar a melhor solução para o caso concreto.

e) No caso específico das omissões, o fundado receio de que o aumento das condenações do Estado possa voltar toda a preocupação dos magistrados exclusivamente à questão da celeridade processual, em detrimento da qualidade da prestação do serviço jurisdicional.

f) Enfim, é possível crer que a falta de uma sistematização mais robusta, pela doutrina, dos requisitos específicos para a configuração da responsabilidade do Estado por atos e omissões do Poder Judiciário possa contribuir para a pouca aplicabilidade prática desse instituto. Uma abordagem que propicie uma aplicação mais segura e operacionalizada da responsabilidade em casos concretos, respeitando as peculiaridades das atividades do Poder Judiciário (que, seguramente, merecem uma atenção diferenciada, para fins de responsabilização, do que as atividades da Administração Pública em geral), pode contribuir com a aplicação mais difundida do instituto em âmbito jurisprudencial.

Em relação a todas essas possíveis causas apontadas,²⁸⁶ acredita-se que, a nível doutrinário, uma das principais contribuições que se pode dar ao tema em debate é repensar os requisitos configuradores da responsabilidade do Estado – debatidos, em relação à omissão, de maneira genérica no capítulo anterior – de uma maneira direcionada ao Poder Judiciário. Isso porque, embora haja vasta doutrina que combata a

²⁸⁶ O publicista argentino Barraza realça três obstáculos para o maior avanço na matéria da responsabilidade do Estado pelo exercício anormal da atividade jurisdicional: “1) un escollo jurídico, basado en la cosa juzgada; 2) un obstáculo político económico, cuyo fundamento es el temor a la propagación de pleitos, frente a los cuales el Estado no se hallaría en posición de responder; 3) una valla corporativa, que limitaría fuertemente la admisión por parte de los jueces de sus propios errores o bien de sus colegas” (BARRAZA, Javier Indalecio. *Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la actividad judicial*. Buenos Aires, Republica Argentina: El Derecho, 2006, p. 10).

tese da irresponsabilidade por condutas judiciais, há uma carência de estudos voltados a pensar, de maneira direcionada, os requisitos e hipóteses configuradoras da responsabilidade nesses casos.

Portanto, haja vista os objetivos do presente trabalho, busca-se nesse e no próximo capítulo, a partir das noções e considerações a respeito dos requisitos gerais da responsabilidade do Estado por omissão traçados no capítulo anterior, abordar as peculiaridades dessa responsabilidade no âmbito do Poder Judiciário. Assim, mostra-se relevante explorar as diversas espécies de omissão judiciais passíveis de gerar a responsabilização do Estado, bem como o momento e demais condições pelas quais se possam cogitar das suas ocorrências; analisar os tipos de prejuízos originados dessas omissões que venham a ser qualificado como verdadeiros danos; e, por fim, verificar o liame entre tais omissões e os danos, de maneira a identificar quando esses podem ser imputados ao Estado.

4.1. A natureza da omissão judicial

No segundo capítulo, propôs-se a uma tipologia dos atos no âmbito do Poder Judiciário para se analisar a responsabilidade do Estado a partir da natureza de cada um desses. Pautou-se na dicotomia de atos que apresentam natureza propriamente jurisdicional e atos sem tal característica.

Quanto aos segundos, demonstrou-se que a responsabilidade do Estado é aceita com menos dificuldades, uma vez que ela é admitida mais tranquilamente – inclusive em âmbito jurisprudencial – com base no regime do geral do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição. Já em relação aos atos de natureza propriamente jurisdicional, é sabido que a questão é mais controvertida – embora já demonstrada a possibilidade de aplicação do regime geral de responsabilidade e a impropriedade dos argumentos em favor da tese da irresponsabilidade.

Surge, então, a seguinte questão: como deve ser encarada uma omissão judicial? A distinção entre atos com natureza propriamente jurisdicional e atos judiciais que não possuem tal essência é relevante?

Quando o Estado-Juiz deixa de praticar um ato desprovido de natureza jurisdicional, aparentemente é tranquilo encarar tal conduta como uma omissão de cunho administrativo. Consequentemente, o “deixar de praticar um ato de natureza não jurisdicional” é uma omissão que pode desencadear, sem maiores dificuldades, o regime geral da responsabilidade extracontratual do Estado.

Por outro lado, o “deixar de praticar um ato de natureza jurisdicional”²⁸⁷ (sendo o maior exemplo disso a não prolação de uma sentença) pelos magistrados deve ser encarada como uma conduta de natureza administrativa ou jurisdicional?

A resposta de tal questionamento aparentemente está na seguinte constatação: em grande parte dos casos, não há jurisdição na omissão do Poder Judiciário. Ora, seja qual for o conceito de jurisdição adotado (*dizer* o direito, *resolver* os conflitos de interesse no caso concreto, *solucionar* as lides, *substituir* os titulares dos interesses em conflito para pacificação do conflito visando à pacificação social, *aplicação* do direito objetivo ao caso concreto, dentre outras possíveis conceituações), aparentemente ele não se mostra compatível com condutas omissivas.

Ademais, o “deixar de praticar atos jurisdicionais” pelo magistrado quando devidos apresenta-se como violação de seus deveres institucionais. De mesma maneira, se essa omissão for impessoal, a conduta de “deixar de prestar os serviços (em sentido amplo) jurisdicionais” pelo Estado-Juiz também se aproxima mais de uma omissão de natureza administrativa. Portanto, em diversas situações em que o juiz deixarem de proferir atos jurisdicionais (ou tendentes a viabilizar o oferecimento da jurisdição), como por exemplo, o retardamento em proferir determinada sentença, tal conduta não poderá ser encarada como um ato propriamente jurisdicional.²⁸⁸

Por conta disso, há de se observar outro ponto. Mesmo que os argumentos em prol da tese da irresponsabilidade (apresentados no segundo capítulo) sejam considerados hábeis para afastar a obrigação de reparar os danos em decorrência da prática de atos jurisdicionais, são eles ineptos a repelir a responsabilidade pelas omissões do Poder Judiciário. Basta analisá-los individualmente.

Se não cabe invocar o argumento da falibilidade dos magistrados e do risco assumido pelo cidadão que aciona o Judiciário para afastar a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, mais impróprios ainda são esses argumentos para imunizar as omissões do Estado-Juiz. Não há razão para se imaginar que a falibilidade possa

²⁸⁷ Omissão essa que, em relação aos agentes públicos, apenas pode ser atribuída ao magistrado.

²⁸⁸ Interessante nesse ponto a menção ao julgamento pela segunda turma do STJ do REsp 1.249.531, rel. Min. Campbell Marques, d.j. 20.11.2012, que, embora a questão tratasse de caso de improbidade administrativa, concluiu-se que a conduta de determinada magistrada em retardar intencionalmente o julgamento de determinados processos não poderia ser qualificada como ato de natureza jurisdicional (não seria atividade finalística do Judiciário) e, portanto, estaria sujeito à responsabilização por improbidade administrativa, ao contrário do que havia decidido o tribunal *a quo*, que afastou a incidência da lei de improbidade por entender que se tratava de ato de natureza jurisdicional. Nota-se que o raciocínio adotado é semelhante ao ora defendido: o retardamento em se praticar atos de natureza jurisdicional não pode ser enquadrado como atividade de natureza jurisdicional.

abranger a hipótese de o Poder Judiciário se quedar inerte perante um conflito que lhe é submetido. Tampouco é plausível sustentar que um suposto risco assumido pelo jurisdicionado possa incluir a inércia estatal em determinado processo.

Quanto à questão da independência, deve se ter em mente que as garantias oferecidas aos magistrados (e ao Poder Judiciário como um todo), bem como a liberdade que os juízes gozam para *decidir* determinada causa, justificam-se à medida que sejam utilizadas para resolver os conflitos que são submetidos à via judicial. Não são aptas, portanto, para justificar um *não decidir*. Ora, trata-se de garantia que visa resguardar aos juízes a liberdade para determinarem o *conteúdo* de uma decisão, jamais uma *ausência* de decisão.

O mesmo pode ser constatado em relação à soberania. Além da total impropriedade do argumento, tem-se que ele carece de qualquer sentido quando analisado face de uma omissão.

Por fim, não é necessário muito esforço para se concluir que o argumento da coisa julgada não é próprio para imunizar omissões do Poder Judiciário. Se a coisa julgada material (ou mesmo a forma, do ponto de vista endoprocessual) visa proteger o *conteúdo* de uma sentença ou acórdão (que são atos jurisdicionais praticados pelos magistrados), não é hábil para proteger omissões judiciais.²⁸⁹ A coisa julgada não protege a ausência de um provimento jurisdicional.

Ainda em caso de omissões judiciais ocorridas no âmbito de uma ação rescisória, o fato de a sentença rescindenda ter feito coisa julgada material não pode ser utilizado como argumento para afastar a responsabilidade em relação àquela ação, vez que se tratam de processos distintos.

Finalmente, mesmo que se trate da omissão pela demora na entrega do provimento jurisdicional, não se poderia argumentar que a proteção conferida pela coisa julgada ao provimento tardio impediria a responsabilização do Estado. Nesses casos, o dano não terá como referência o conteúdo da decisão judicial, mas sim o lapso temporal até a sua edição.

Logo, conclui-se que nem mesmo os argumentos basilares da tese da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, caso sejam admitidos como verdadeiros, servem de base para justificar a irresponsabilidade pelas omissões judiciais. Tais condutas (ou, ao menos, a imensa maioria das hipóteses de omissões) não ostentam

²⁸⁹ Pode haver discussões, todavia, em relação a uma sentença que deixe de apreciar determinado pedido formulado – sentença *citra petita*. Referido aspecto será analisado mais a frente.

a natureza de atos jurisdicionais e os argumentos em favor da tese da irresponsabilidade mostram-se igualmente inócuos.

4.2. A prestação jurisdicional como um direito fundamental

A Constituição Federal assegura em seu artigo 5º, inciso XXXV, o direito ao acesso ao Poder Judiciário.

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Tal princípio de ordem processual abrange tanto a via repressiva (“lesão”) como a via preventiva (“ameaça a direito”). Referida norma assegura aos cidadãos a não exclusão da submissão ao Judiciário das alegadas lesões ou ameaças a direito (“não excluirá da apreciação”), o que é absolutamente correto, vez que o direito de ação não se vincula à efetiva procedência do pedido.²⁹⁰ Não obstante referido inciso se refira à lei, o princípio não se dirige apenas ao legislador, mas sim a todas as autoridades públicas. Trata-se de um conceito de legalidade em sentido amplo (o próprio direito objetivo não poderá criar exigências que aniquilem o direito de acesso à justiça), que naturalmente vincula qualquer autoridade – cuja atuação deve estar pautada na lei.

Ocorre que, com base na ideia de que o acesso à justiça não se satisfaz apenas com a previsão desse direito ou com a submissão dos conflitos ao Poder Judiciário, passou a ganhar cada vez mais importância a questão da efetividade do processo. Criticando a falta de atenção conferida a tal temática, José Rogério Cruz e Tucci ressalta que:

“a realidade mostra que a questão relativa a uma eficiente administração de justiça não constitui meta digna de ser colocada no vértice da escala de prioridades na maior parte das nações contemporâneas; pelo contrário, o problema da justiça morosa é totalmente relegado a um plano secundário”²⁹¹

Seguramente, um dos principais motivos que levam à falta de efetividade da prestação jurisdicional é a questão da celeridade. Se por um lado, um lapso temporal razoável e seguro é fundamental para que se preste uma tutela segura e de qualidade – com a observância de todos os procedimentos necessários à devida instrução processual e à garantia de que as partes possam exercer seus direitos processuais, notadamente a

²⁹⁰ Há muito tempo o direito processual é encarado como um direito autônomo em relação ao direito material – sem prejuízo de existirem alguns requisitos para que ele possa ser exercido.

²⁹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal, *Revista de Processo*, a. 17, n. 66, abr.-jun. 1992, p. 73.

ampla defesa e o contraditório, todos eles inerentes ao devido processo legal – por outro, a importância de se garantir à celeridade também se mostra fundamental.

José Rogério Cruz e Tucci, nesse sentido, chama atenção para a necessidade de se equilibrar o binômio segurança/celeridade. Trata-se da exigência de se respeitar tanto o chamado “tempo fisiológico” do processo, ligado à segurança jurídica, referente ao lapso razoável para a tramitação do processo, como a de se evitar o “tempo patológico”, ligado à efetividade, impositivo da exigência de que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário.²⁹²

Ciente de tal problemática, o legislador constituinte, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, inseriu o inciso LXXVIII no artigo 5º da CF, que dispõem o seguinte:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Trata-se da consagração do princípio da razoável duração do processo e da tramitação processual célere.²⁹³ Todavia, embora a previsão expressa desse direitos se deu, em nível constitucional, com a referida emenda, é incorreto supor que o direito a uma razoável duração do processo não era contemplado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Seja pela garantia do devido processo legal (material e substancial) consagrado no inciso LIV, também do artigo 5º da CF (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), que implicitamente abrange tais direitos, seja pelo fato do Brasil ser signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (que prevê tal garantia em seu artigo 8º, 1),²⁹⁴ incorporada ao direito pátrio por força do

²⁹² TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 97, 2002, p. 325.

²⁹³ José Rogério Cruz e Tucci aponta como marco histórico da consolidação desse direito a promulgação da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (que o consagrou em seu artigo 6º, 1). Conforme o processualista, “[f]oi, sem dúvida, a partir da edição desse diploma legal supranacional, que o *direito ao processo sem dilações indevidas* passou a ser concebido com um direito subjetivo constitucional, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade (incluídas as pessoas jurídicas) à *tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável*, decorrente da proibição do *non liquet*, vale dizer, do dever que tem os agentes do Poder Judiciário de julgar as causas com estrita observância das normas de Direito Positivo” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 97, 2002, p. 326).

²⁹⁴ “Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na

§2º do artigo 5º da CF, é correto concluir que a duração razoável do processo já estava contemplada em nosso sistema.²⁹⁵

Referida garantia abrange, inclusive, os processos administrativos. Quanto a esse ponto, Alice Gonzalez Borges, ao comentar o direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição (que se aplica tanto aos processos judiciais como administrativo), afirma que:

“Estando inserido na enumeração do art. 5º, da Constituição, como direito fundamental, é oportuno que se saliente:

- trata-se de um direito de natureza individual e prestacional, ao mesmo tempo;

- individual, ou de primeira dimensão, porque representa direito do indivíduo perante o Estado, dirigido a uma abstenção dos poderes públicos ante sua autonomia individual, considerado como direito negativo ou de defesa, de resistência ou oposição ao Estado, alinhando-se entre as demais garantias processuais do devido processo legal, do uso dos remédios heroicos, do direito de petição e outros;

- prestacional, ou de segunda dimensão, por seu caráter predominantemente positivo, através da exigência de comportamentos ativos do Estado;

- é de aplicação imediata, nos termos do art. 5º, §1º, como norma definidora de direitos e garantias fundamentais, independentemente sua eficácia de normas legislativas posteriores;

- ainda que não tivesse sido incluído na enumeração dos direitos fundamentais que se contém nos incisos do art. 5º, da Constituição, defluiria, nos termos do seu parágrafo 2º, da concepção aberta que abrange os direitos decorrentes de tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil faz parte (no caso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, datada de 22.11.69).”²⁹⁶

A despeito de se referir especificamente ao processo administrativo, todas essas conclusões apresentadas pela autora se aplicam igualmente à seara judicial.

Embora possam alegar alguns que a questão do acesso a uma justiça eficiente, efetiva e célere possua alguns aspectos de norma programática – sob o argumento de que é necessário o desenvolvimento de políticas ampliativas de tal acesso, e que ela é prestada de acordo com os recursos, inclusive humanos, de que dispõe o Estado – não

apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

²⁹⁵ É o que já sustentava Tucci em trabalho desenvolvido antes da promulgação da referida emenda (TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal, *Revista de Processo*, a. 17, n. 66, abr.-jun. 1992, p. 75-76).

²⁹⁶ BORGES, Alice Gonzalez. Duração razoável do processo administrativo e responsabilidade do Estado, *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, a. 4, n. 7, jan./jun. 2011, 24-25.

parece correto argumentar que o direito à tutela jurisdicional seja em si uma norma programática. Trata-se de direito com exigibilidade imediata e que, se na prestação jurisdicional ocorrerem danos que possam ser ao Estado imputados, podem ensejar a responsabilidade do Estado.

Enfim, é de se ressaltar que, mesmo no âmbito do direito internacional, é aceita a ideia de que a violação a esses preceitos possa gerar responsabilidade do Estado. Nesse sentido, André de Carvalho Ramos²⁹⁷ argumenta que a decisão judicial tardia ou inexistente (inclusive no caso de ausência de remédio judicial) gera a responsabilidade.

4.3. A necessária distinção entre a omissão judicial e o erro, a má aplicação do direito, o indeferimento e demais atos judiciais denegatórios

Outro aspecto importante de se esclarecer antes da análise das espécies de condutas omissivas é a delimitação do que se entende por omissão judicial. Mais precisamente, importante distingui-la dos atos jurisdicionais denegatórios – campo esse próprio da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. Omissão judicial, ao menos para efeito do presente estudo, é a ausência de prática de atos judiciais (jurisdicionais ou não) isolados quando devidos ou mesmo a ausência conjunta de atos suficientes para que a prestação jurisdicional seja oferecida.

Não se confunde, por exemplo, com o erro judicial. Conforme já apontado, esse instituto, em um sentido mais restrito, pode designar o equívoco técnico-jurídico na prestação da tutela jurisdicional – tal como errônea análise de provas, má avaliação dos fatos ou mesmo má aplicação do direito. Também é possível ser encarado sob uma conceituação mais ampla. Todavia, a análise da responsabilidade por erro judiciário, em qualquer dos seus sentidos, não é campo que interesse à responsabilidade por omissão.

Conforme aponta Augusto do Amaral Dergint, “a má aplicação do direito e a decisão injusta (recorrível e rescindível) não configuram, tecnicamente, denegação de justiça”.²⁹⁸ De igual maneira, assiste razão a José Arteiro Vieira de Melo ao afirmar que “[n]ão se deve entender como denegação de justiça a má aplicação do direito e a decisão

²⁹⁷ CARVALHO RAMOS, André de. Direitos humanos e responsabilidade internacional. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto e PEREIRA, Antônio Celso Alves (Org.). *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 595-620, 2008, p. 610.

²⁹⁸ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 193.

injusta, já que nessas duas hipóteses o que pode ter havido é a incidência em alguma outra categoria de atividade judiciária danosa, não, porém, denegação de justiça”.²⁹⁹

Também nessa linha, discorrendo sobre a denegação de justiça em um sentido mais amplo, José Guilherme de Souza sustenta o seguinte:

“Configuram-se como denegação de justiça (*déni de justice* no Direito francês) as seguintes hipóteses: 1.º) quando o juiz nega a aplicação do direito; 2.º) quando o juiz nega a execução da sentença; 3.º) quando o juiz negligencia propositalmente o andamento de um processo.

Portanto, não se deve entender como denegação de justiça: 1.º) a má aplicação do direito; 2.º) a decisão injusta, tendo em vista que, nessas duas hipóteses, o que pode ter havido é a incidência em alguma outra categoria de atividade judiciária danosa, não, porém, na denegação de justiça, a qual se deve considerar ocorrente se presentes, nas três hipóteses primeiramente elencadas os seguintes pressupostos: a) que haja uma noção objetiva, e não subjetiva (falta concreta e objetiva do exercício da função jurisdicional); b) que haja má organização da justiça”³⁰⁰

Assim como o erro ou a má aplicação do direito não se confundem com a omissão, o indeferimento motivado de pedidos formulados no processo não pode, a princípio,³⁰¹ também ser considerado conduta omissiva do Estado – embora possa ensejar, eventualmente, alguma modalidade de responsabilidade por atos jurisdicionais, modalidade comissiva, em alguns casos excepcionais. Indeferimento não é omissão.

A evolução das teorias a respeito do direito de ação ilustra bem essa distinção. Esse, conforme já dito, não se confunde com o direito a uma decisão de mérito favorável.

Nessa linha, já decidiu a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no Ag 1.388.017/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, d.j. 08.10.2013 (“não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese”).

²⁹⁹ MELLO, José Arteiro Vieira de. A responsabilidade do Estado pela morosidade na atividade jurisdicional, *Revista Esmape*, Recife, v.7, n. 15, jan./jun. 2002, p. 381.

³⁰⁰ SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 652, fev. 1990, p. 38.

³⁰¹ Todavia, conforme será visto no capítulo seguinte, é possível se cogitar de hipóteses de omissão judicial que, para sua ocorrência, pode ter havido algum tipo de indeferimento judicial motivado. Assim, via de regra, o indeferimento em si não pode ser considerado omissão, embora possa ocorrer omissões estatais viabilizadas por determinados provimentos judiciais.

Enfim, cumpre mencionar que até mesmo o indeferimento motivado em uma medida cautelar não é, a princípio, também considerado omissão estatal, embora seja possível cogitar condutas omissivas de outra ordem nesses casos – quanto a esse ponto, vide item 5.7.

4.4. Omissões judiciais pessoais e impessoais, lícitas e ilícitas, e a responsabilidade do Estado

Conforme desenvolvido anteriormente, o instituto da responsabilidade do Estado, em seu requisito da ação ou omissão, comporta condutas que sejam atribuídas a agentes públicos específicos ou condutas que sejam atribuídas ao Estado de maneira impessoal.

Quanto a essa primeira situação, é possível que a conduta atribuída a agentes específicos seja fruto de dolo ou culpa – que daria ensejo, eventualmente, à ação regressiva – ou condutas também atribuídas a agentes específicos, mas que não seja fruto da culpa (em sentido lato) desses – caso em que não caberia o ressarcimento do erário pela via regressiva.

Já as condutas impessoais do Estado podem ter origem tanto em fatos imprevisíveis, como o caso fortuito interno, que, por força da teoria do risco, pode trazer ao Estado o dever de indenizar, como também no mau funcionamento dos serviços públicos (em sentido amplo) sem, entretanto, poder atribuir a conduta a agentes específicos. É o caso, por exemplo, de o serviço não funcionar bem em todas as suas etapas (não em condutas específicas) devido à falta de um melhor planejamento do Estado ou mesmo do por conta do mau aparelhamento da justiça.

Em relação às omissões do Poder Judiciário, esse raciocínio também pode ser levado em consideração. Embora seja mais comum encarar o tema da responsabilidade do Estado por atos e omissões do Poder Judiciário com base em condutas específicas de agentes, não há porque excluir essa segunda hipótese.

A prestação dos serviços judiciais de maneira eficiente e célere, conforme já apontado, é uma obrigação do Estado. Conforme aponta José Guilherme e Souza:

“Prevenir a ocorrência de qualquer falha, pessoal ou organizacional, do sistema judiciário, que possa causar danos ao cidadão, deveria ser a segunda preocupação dos responsáveis por esse sistema; a primeira, obviamente, deveria ser a

prestação, aos jurisdicionados, de uma justiça eficiente, rápida e econômica”³⁰²

Portanto, ainda que a conduta estatal não seja oriunda de falhas pessoais ou falhas pontuais da organização dos serviços judiciários, será possível cogitar da responsabilidade do Estado, desde que ocorra um dano que a ela seja imputado.

Também é importante a análise da questão da responsabilidade do Estado, por condutas oriundas do Poder Judiciário, levando-se em conta a licitude e ilicitude dessas.

Quando se fala de responsabilidade por atos jurisdicionais (ou até atos judiciais não jurisdicionais oriundos de condutas comissivas), a possibilidade de responsabilização do Estado em decorrência de atos lícitos já se mostra polêmica.

Di Pietro³⁰³ descarta, de antemão, a responsabilidade do Estado envolvendo atos jurisdicionais quando decorrentes de atos lícitos praticados pelo Poder Judiciário. Argumenta a administrativista que o exercício da função jurisdicional não beneficia a coletividade como um todo – ressalvadas algumas ações específicas que protegem o interesse coletivo – mas somente as partes envolvidas. Por conta disso, não haveria como aplicar a regra da repartição dos encargos sociais. Assim, o benefício e o prejuízo alcançariam apenas as partes no processo.

Por sua vez, Arnor Lima Neto³⁰⁴ sustenta haver três hipóteses em que da atividade jurisdicional podem surgir danos passíveis de reparação estatal: a) por ato legítimo do Estado; b) por erro judiciário; e c) pelo anormal funcionamento da Justiça.

Reconhecendo ser a primeira hipótese a mais polêmica – e apontando que, das três mencionadas, é a única que não comportaria per se a responsabilidade (via regressiva) do magistrado – argumenta que tal hipótese de responsabilização estatal deveria ser admitida, uma vez que a atuação do Estado exigiu do particular, em nome da proteção de interesses maiores, um sacrifício merecedor de reparação. Menciona para tal o clássico exemplo da prisão cautelar, decretada em conformidade com as normas processuais penais, seguida da posterior absolvição do réu.

O tema é bastante polêmico. Por um lado, autores defendem ser devido o direito à indenização pelo Estado em qualquer hipótese por conta do ônus sofrido pelo

³⁰² SOUZA, Jose Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 652, fev. 1990, p. 46.

³⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n. 198, out./dez. 1994, p. 94.

³⁰⁴ LIMA NETO, Arnor. A responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrentes da função judiciária no Brasil, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 27, n. 47, jan./jun. 2002, p. 54-62.

particular em benefício da coletividade. Seguindo essa linha argumentativa, Arnor Lima Neto argumenta que “[e]m nome de um bem maior, restringem-se direitos de um particular ou de uma minoria, preenchidos os requisitos legais a esse fim. Assim, conquanto a prisão legal, reconhecida a inocência, caberia a indenização respectiva”.³⁰⁵

Por outro lado, Flávia Hellmeister Clito Fornaciari³⁰⁶ sustenta que a responsabilidade do Estado nesses casos de prisões cautelares com posterior absolvição do réu deve ser analisada conforme o caso concreto. Deveria se verificar, em realidade, os pressupostos e requisitos dessas medidas cautelares pessoais do processo penal, independentemente da fundamentação da absolvição do réu – pouco importaria se essa se deu, por exemplo, pela falta de provas ou qualquer outra hipótese. A absolvição por inexistência do fato, inexistência de autoria ou mesmo atipicidade da conduta apenas indicaria uma maior probabilidade da ilegalidade da medida cautelar – determinação da prisão fora das hipóteses delimitadas pelo legislador.

Argumenta que o reconhecimento de que a absolvição por falta de provas levaria à irresponsabilidade do Estado pelo tempo em que o réu permaneceu preso cautelarmente poderia ser algo indesejável. Isso porque geraria uma pressão sobre os magistrados para que eles passassem a absolver os réus majoritariamente com base nesse fundamento, de maneira a eximir o Estado de ter que futuramente arcar com as verbas decorrentes da responsabilização do Estado.

Discorda-se aqui desse último argumento da autora. De fato, tal situação poderia resultar em pressão sobre magistrados para absolver por falta de provas sempre que possível para evitar a condenação do Estado. Todavia, essa mesma pressão poderia igualmente existir para que os magistrados reconhecessem a legalidade da decisão do juiz que deferira a prisão mesmo fora das hipóteses legais. Em outras palavras, se o magistrado estiver pré-disposto a não julgar de acordo com a sua convicção para evitar a ocorrência da responsabilização do Estado, ele poderá adaptar seu julgamento em qualquer circunstância – isso vale para qualquer ação de responsabilidade do Estado, alias.

Naturalmente, o aprofundamento nesse tema fugiria dos objetivos deste trabalho. Todavia, disso tudo que foi dito, entende-se não haver impedimentos apriorísticos para

³⁰⁵ LIMA NETO, Arnor. A responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrentes da função judiciária no Brasil, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 27, n. 47, jan./jun. 2002, p. 56.

³⁰⁶ FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Dos atos jurisdicionais penais sujeitos à responsabilidade civil do Estado*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 175.

que atos do Poder Judiciário, em si lícitos, ensejem a responsabilidade do Estado. Quanto a isso, não há diferenças entre a atividade judicial e a administrativa.

A partir dessas considerações, e tendo em vista o enfoque no tema da omissão, propõe-se a seguinte indagação: é possível a responsabilidade do Estado por omissão judicial – seja em decorrência de condutas pessoais ou impessoais – em decorrência de ato lícito do Estado-Juiz?

Conforme já dito anteriormente, a ilicitude da conduta não se confunde com a noção de culpabilidade. Embora a responsabilidade por culpa pressuponha que se trate de responsabilidade por ato ilícito, a recíproca não é verdadeira. Não se questiona, aqui, portanto, se a responsabilidade do Estado por omissões judiciais pressuponha comportamentos culposos – questão essa, já enfrentada anteriormente, deve ser respondida negativamente.

Quanto à questão da culpa, se referindo ao caso específico da morosidade, José Guilherme de Souza sustenta que:

“Ocorrendo, p. ex., demora na tramitação de um processo, sem culpa do juiz, mas causada, ao contrário, por falhas e deficiências do aparato judiciário, representadas por sobrecarga e acúmulo de serviço, o Estado é integralmente responsável por tal acidente administrativo.”³⁰⁷

Quanto à questão proposta, ela deve ser respondida também tomando por base o aparato fornecido no item anterior. Não há razão para se tratar a omissão judicial, quanto à essência de seus requisitos, de maneira diversa das omissões administrativas.

Conforme apontado, é possível a existência de condutas omissivas não ilícitas, em si, que ensejam a responsabilidade do Estado. Todavia, para que a omissão seja qualificada como juridicamente relevante, é necessária a presença de um substrato formal que traga elementos de antijuridicidade a tal conduta. Em relação às omissões judiciais, tal questão deve ser encarada da mesma maneira.

É verdade que, de fato, são mais raras, do ponto de vista quantitativo, as hipóteses de responsabilização por atos lícitos em relação aos ilícitos. Contudo, a admissão da responsabilidade mesmo em casos de atos em si lícitos (embora a conduta estatal traga consigo uma carga de antijuridicidade) adquire importância prática bastante considerável em, ao menos, uma questão bastante recorrente na administração da

³⁰⁷ SOUZA, Jose Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 652, fev. 1990, p. 39.

justiça: a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário como fator relevante à aferição da responsabilidade do Estado.

Nas hipóteses, por exemplo, de dano decorrente da denegação de justiça ou da morosidade judicial, irrelevante se mostra a análise da culpa ou da ilicitude das condutas estatais – específica de magistrados e servidores ou mesmo atribuídas de maneira impessoal ao Estado. Não é necessária a apreciação da negligência de magistrados e servidores na condução de processos (específicos ou mesmo em administração da vara como um todo), nem mesmo de uma “negligência objetivada estatal”, pois a responsabilidade é objetiva.

Tampouco serve de escusa à responsabilidade do Estado o fato de tais omissões não se apresentarem como atos ilícitos em si. Um exemplo hipotético pode ilustrar bem essa questão. Em determinada comarca, coincidentemente são distribuídos a determinado juiz, em um lapso temporal curto, diversos processos que requeiram provimentos urgentes. Contudo, mesmo o magistrado desempenhando seu ofício com eficiência e apreciando todos esses processos urgentes na ordem cronológica,³⁰⁸ não consegue ele apreciar todos os pedidos e, por conta disso, ocorre um dano a determinado bem jurídico de um jurisdicionado (envolvido em um desses processos não apreciados). De mesma maneira que não há culpa (individual ou objetivada), não há que se falar em ilicitude da conduta do magistrado em si. É igualmente irrelevante o fato de o Estado ter fornecido, de maneira suficientemente aceitável, recursos materiais e humanos para a prestação dos serviços judiciais em referida localidade e que, pela excepcionalidade das circunstâncias fáticas (do volume anormal de ações ajuizadas naquele lapso temporal), não pode oferecer devidamente àquele jurisdicionado a prestação devida.

No exemplo dado, a antijuridicidade da conduta omissiva estatal – caracterizadora do elemento formal necessário à elevação da omissão estatal à condição de fato jurídico relevante à responsabilidade do Estado – está na não prestação da tutela jurisdicional dentro do tempo que era de se esperar.³⁰⁹ Basta traçar um paralelo com o já mencionado *arrêt Couitéas*, em que a decisão da Administração de não cumprir a

³⁰⁸ Cumpre registrar, desde já, que o Projeto de Lei que visa promulgar o novo Código de Processo Civil (PLNCPC) prevê, em seu artigo 12, o julgamento de processos em ordem cronológica (com algumas exceções, dentre as quais, a urgência do provimento). Tal questão será apreciada mais a frente. Também quanto a esse exemplo, será analisada a interferência, para fins de verificação da denegação de justiça, do parágrafo único do artigo 133 do CPC, equivalente ao parágrafo único do artigo 143 do referido projeto.

³⁰⁹ Os critérios para aferição dessa expectativa são delimitados na abordagem das espécies no próximo capítulo.

decisão judicial tinha aparato legal, não sendo ilícita em si, mas violadora de um dever geral de segurança e de cumprimento das decisões judiciais. Em ambos os casos, a conduta omissiva estatal não foi em si ilícita (em um caso, pela prerrogativa conferida pelo ordenamento francês, e, no exemplo hipotético, pela observância da ordem cronológica e pela grande demanda de processos), mas há uma antijuridicidade correlata à omissão estatal (não resguardar a segurança pública e não cumprir a decisão judicial, no caso francês, e não oferecer a tutela jurisdicional, no exemplo hipotético) – antijuridicidade essa ligada ao dever de se evitar o dano, mas não ao dano em si, que também pressupõe uma antijuridicidade.

Alias, quanto à impossibilidade de se afastar a responsabilidade do Estado com base no argumento, puro e simples, da sobrecarga, a Corte Europeia de Direito Humanos já se pronunciou no sentido de que o excessivo volume de trabalho de determinados órgãos judiciais – ou mesmo o fato de o país ter passando por um momento de delicada instabilidade institucional (caso *Guincho contra Portugal*, acórdão de 28.06.1984) que justificasse a insuficiência dos serviços – não seria motivo suficiente para afastar a responsabilidade do Estado pela lentidão da justiça.

Em síntese, tem-se que a responsabilidade do Estado por omissões judiciais, além de ser objetiva (como qualquer outra hipótese de responsabilidade civil estatal), pode ter por base tanto condutas de agentes individualizados como condutas impessoais do Estado. De igual maneira, é possível haver responsabilização do Estado tanto por conta de condutas omissivas ilícitas como lícitas, embora essas sejam menos comuns.

4.5. Considerações específicas sobre o requisito da imputação e do dano

Enfim, antes de se abordarem as omissões em espécie, cumpre tecer alguns comentários a respeito do requisito da imputação e do dano levando em conta as especificidades do tema da omissão judicial.

Quanto ao liame que associa a conduta omissiva judicial ao dano, reiteram-se primeiramente as observações feitas no capítulo anterior em relação a esse requisito.

Marcelo Sampaio Siqueira que, após apontar algumas hipóteses de atos judiciais que ensejam a responsabilidade do Estado, sustenta o seguinte:

“para que se configure a existência da responsabilidade, torna-se necessária a análise de dois aspectos essenciais, que são a ocorrência ou não do dano e a existência de culpa da vítima. Caso a observação seja negativa, no primeiro caso, a responsabilidade seria afastada pela inexistência do requisito

dano e, no segundo, pela inexistência do nexo de causalidade.”³¹⁰

A despeito das críticas que se pode fazer às expressões “nexo de causalidade” e “culpa da vítima”, a percepção de que a atuação do indivíduo supostamente lesado pode influenciar na averiguação da imputação do dano à conduta do Estado-Juiz é correta.

No âmbito da revisão criminal, o Código de Processo Penal possui, nesse sentido, disposição expressa que afasta o direito à indenização pelos prejuízos sofridos por um cidadão, condenado indevidamente, quando o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante (artigo 630, §2º, alínea a). O dispositivo elenca a confissão do condenado ou a ocultação de prova em seu poder como exemplos.

De qualquer maneira, independentemente de previsão legal, a conduta processual da parte e de seus respectivos procuradores pode justificar a não imputação da responsabilidade ao Estado em diversas outras situações.

Conforme dispõe o artigo 133 da Constituição Federal e o *caput* do artigo 2º do Estatuto da OAB, o advogado é indispensável à administração da justiça. A Constituição igualmente insere a advocacia dentre as funções essenciais à justiça. Ademais, o advogado, em seu ministério privado, presta serviço público³¹¹ e exerce função social (artigo 2º, §1º, EOAB), e, no processo judicial, seus atos constituem múnus público (artigo 2º, §2º, EOAB). Não faltam, assim, subsídios para se concluir que os patronos das causas possuem importante compromisso com o bom desempenho da prestação da jurisdição e as obrigações que assumem perante os clientes extrapolam o plano meramente privado.

De igual maneira, se a parte assume a postura de defender seus interesses por conta própria, sem auxílio de um procurador, nos casos em que a legislação extraordinariamente confere a ela capacidade postulatória,³¹² também deve colaborar com o bom andamento dos processos e sua atuação igualmente poderá interferir na análise da imputação de um dano à conduta omissiva estatal.

³¹⁰ SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Responsabilidade do Estado: erro judicial praticado em ação civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 207.

³¹¹ A expressão “serviços públicos” está empregada no Estatuto da OAB, evidentemente, em uma acepção mais ampla.

³¹² Como, por exemplo, a capacidade postulatória das partes nas causas de até 20 salários mínimos perante o Juizado Especial Cível (artigo 9º, *caput*, da Lei 9.099/95) e o *jus postulandi* perante a Justiça do Trabalho (artigo 791, *caput*, da CLT).

Como se viu, costuma-se apontar a atuação da suposta vítima do dano como mecanismo de impedir a configuração do liame entre a atuação ou omissão estatal e o dano sofrido, impedindo que se configure a responsabilidade do Estado (ou a atenuando). Todavia, em se tratando de omissão judicial, pode também haver situações em que a atuação da parte pode ser indispensável para a própria formação do liame entre a omissão do Estado-Juiz e o dano (e não para afastá-la). Ou seja, há situações em que a conduta comissiva da parte ou de seu procurador pode ser imprescindível para a formação desse elo entre a omissão judicial e o dano.

Por exemplo, nos casos em que o fator tempo puder ocasionar o perecimento do direito pleiteado em juízo, e que, para se evitar o dano, seja necessária a prolação mais urgente do provimento judicial, é fundamental a atuação do procurador no sentido de que essa informação chegue ao magistrado. Para que essa informação chegue ao magistrado competente, fundamental a atuação do advogado, por exemplo, esclarecendo tal fato nas petições iniciais (ou em petições incidentais).

Mais do que isso, em casos de extrema urgência (como a necessidade de se obter um provimento judicial para que se submeta o jurisdicionado a uma intervenção cirúrgica vital e urgente), o comparecimento pessoal do patrono para se dirigir ao magistrado em seu gabinete e comunicação da urgência do fato, pode até mesmo ser considerado, a depender das circunstâncias, um pressuposto para que se cogite imputar qualquer tipo de responsabilidade ao Estado.

Para tal, dispõe o advogado da prerrogativa de ser recebido pelo magistrado, conforme o artigo 7º, inciso VIII, do EOAB,³¹³ correspondente ao dever do magistrado de atendê-lo, nos termos do artigo 35, inciso IV, da LOMAN.³¹⁴ A respeito desses direitos e da interação entre advogados e juízes, José Rogério Cruz e Tucci sustenta que, “se por um lado o exercício da advocacia, no atual momento, passou a ser muito mais complexo, difícil e impessoal, por outro, o Advogado continua sendo titular do direito de ser recebido, sem nenhuma distinção, pelos Magistrados de 1º e 2º Graus”.³¹⁵

³¹³ “Art. 7º São direitos do advogado: (...) VIII - dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada”.

³¹⁴ “Art. 35 - São deveres do magistrado: (...) IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência”.

³¹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. A lição de Calamandrei, os vasos comunicantes e o direito de o Advogado ser recebido pelo Magistrado, *Revista do Advogado*, a. XXVIII, n. 100, out. 2008, p. 69.

O Conselho Nacional de Justiça já decidiu, nos autos do Pedido de Providência n.º 1.465/2007, que os magistrados estão obrigados a receber os advogados em seu gabinete durante o expediente forense, independentemente da urgência do assunto – ainda que estiver o magistrado em meio à elaboração de despacho, decisão, sentença ou mesmo em reunião de trabalho – vez que se trata de obrigação funcional prevista na LOMAN.

Com base nisso, se o advogado possui tais prerrogativas, natural que se espere dele a adoção de medidas compatíveis com a urgência que a situação de seu cliente exige. A ausência de tais medidas, a depender das circunstâncias fáticas, pode afastar a possibilidade de se discutir a responsabilidade estatal. Isso por um motivo bastante simples: não se pode imputar ao Estado-Juiz a responsabilidade por danos decorrentes do não oferecimento tempestivo de tutelas urgentes, se essas circunstâncias não foram suficientemente esclarecidas aos magistrados.

Evidentemente, se o advogado tomar tais providências e, ainda assim, não for recebido ou se for recebido, mas a decisão urgente não for prolatada (por culpa do magistrado ou por problemas gerais dos serviços judiciários), será possível cogitar da responsabilidade do Estado, notadamente no caso de se constatar que a parte fazia jus ao pedido formulado.³¹⁶ Recusando-se o magistrado a receber o advogado ou a prolatar a decisão, sem justo motivo, será possível cogitar, a depender das circunstâncias do caso concreto, até mesmo o cabimento da ação regressiva do Estado contra o magistrado – além de eventuais sanções na esfera disciplinar.

Por outro lado, não poderá a parte reclamar indenização do Estado se ela ou seu procurador não tomaram providências compatíveis e suficientes para levar ao Estado-Juiz o conhecimento da urgência do pleito. Poderia se cogitar, a depender das circunstâncias, a responsabilidade civil do procurador desidioso – campo da responsabilidade essa do direito privado, alheio ao presente estudo.

Nesse tema, cumpre o registro dos parágrafos únicos do artigo 49 da LOMAN e do artigo 133 do CPC (similar ao artigo 143 do PLNCPC), em combinação com o inciso II do *caput* dos referidos artigos. Conforme tais dispositivos, a parte, por intermédio do escrivão, deverá requerer ao juiz que determine a providência e, somente se essa não for atendida dentro do prazo de 10 (dez) dias (parágrafo único), seria possível cogitar responsabilidade civil do magistrado nas hipóteses de recusa, omissão ou retardamento,

³¹⁶ Reitera-se que não se trata do indeferimento ou do não conhecimento, de modo motivado, do pedido, mas sim da inércia em se apreciar o pleito.

sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte (inciso II). Trata-se de hipótese legal que exige uma atuação da parte para haver imputação.³¹⁷

Outra situação, ligada à morosidade, que interessa ao requisito da imputação, é o comportamento da parte e de seu procurador ao longo do processo em prol da rápida solução do litígio. Conforme será abordado mais a frente, um dos critérios estabelecidos pelo Tribunal Europeu de Direito Humanos para verificar a razoabilidade da morosidade judicial em determinado processo é o comportamento das partes. Ao longo de todo *iter*, deve a parte colaborar para a boa fluência processual. Trata-se de comportamento da parte que pode configurar um “fato de vítima” – excludente de nexo ou de responsabilidade, conforme a terminologia consagrada.

Ora, se a parte requer diligências protelatórias ao longo do processo, se dificulta o cumprimento de diligências, se interpõe recursos com o notório intento de retardar o andamento do processo, ou toma qualquer outra medida nesse sentido, não há sentido algum em se responsabilizar o Estado em decorrência da lentidão processual ocasionada.

O direito à celeridade processual, até mesmo em ações civis, é conferido pelo ordenamento tanto ao autor como ao réu. Todavia, é bastante comum assistir a réus que flertam com a morosidade processual no intuito de postergar uma eventual condenação. Não podem, evidentemente, reclamar ressarcimento por danos decorrentes da demora, seja pelo fato de o dano não ser imputado ao Estado, seja pelo réu não poder se beneficiar de sua própria torpeza processual.

Ainda que se constate que, em alguns momentos do processo, o réu não tenha dado causa a demora de determinadas diligências (atribuídas ao mau aparelhamento da Justiça, por exemplo), também não poderia, em princípio, reclamar indenização se intencionalmente provocou retardamento em outros momentos.

A despeito disso, importante ressaltar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Capuano* (melhor detalhado no próximo capítulo), embora tenha atribuído à própria vítima o atraso de um ano, reconheceu o direito à indenização. Tal entendimento parece adequado. Todavia, para haver direito à indenização, não pode ocorrer nenhuma das duas situações seguintes: a) não constituir esse atraso imputado à

³¹⁷ Serão analisadas – nos capítulos pertinentes – as seguintes questões: tais dispositivos são constitucionais em face do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição? Trata-se de exigência pertinente à questão da denegação de justiça (em sentido estrito) e/ou a morosidade global do processo? É exigida apenas para se cogitar a responsabilidade civil do magistrado ou do Estado como um todo?

vítima, do ponto de vista quantitativo, parcela significativa do tempo do atraso do processo; e b) não ter havido má-fé por parte da vítima. Ou seja, não decorrendo de comportamento temerário, tampouco ocupando parcela substancial do “atraso global” do processo, ainda seria possível cogitar da responsabilidade do Estado.

Até então, falou-se em atuação da própria parte que supostamente sofreu o dano. Questão interessante é saber se a atuação da parte contrária, no sentido de protelar o andamento do processo ou causar qualquer outro tipo de dano à suposta vítima, poderia afastar a responsabilidade estatal. Em outras palavras, se essa atuação do adversário configuraria um “fato de terceiro” apto a afastar a imputação da responsabilidade do Estado. Caso seja constatada a obrigação de o Estado-Juiz, no caso concreto, afastar esse dano, é possível cogitar a responsabilidade estatal – tal ponto remete à omissão judicial pela não adoção de medidas para a boa fluência processual do item 5.8.

Enfim, na linha do que foi apontado no item anterior, reforça-se aqui a ideia de que o volume de trabalho não se apresenta como um fator apto a impedir a imputação de um dano às omissões judiciais. Conforme Vera Jucovsky,³¹⁸ não há dúvidas de que o funcionamento inadequado do aparelho do Poder Judiciário não se apresenta como uma causa legítima para e excluir a responsabilidade do Estado. Não é motivo suficiente, portanto, para afastar a possibilidade de formação do liame de imputação entre a omissão judicial e o dano.

Feitas essas considerações sobre a imputação em âmbito judicial, cumpre tecer algumas breves ponderações a respeito do dano. Como se sabe, a indenização decorrente da responsabilidade civil pode abranger tanto dano de ordem patrimonial como moral. Seja em decorrência do processo penal³¹⁹ seja do cível, há de se reconhecer a possibilidade de ocorrerem danos nessas duas searas.

Em se tratando de responsabilidade por condutas do Poder Judiciário (comissivas ou omissivas), admite-se, em geral, a possibilidade de ocorrerem danos morais ou materiais em decorrência violação a bens jurídicos que sejam objeto do litígio – tanto violações diretas como indiretas a esses bens. Todavia, há de se reconhecer também a possibilidade de que o dano se refira a bens jurídicos alheios ao objeto do

³¹⁸ JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional: Brasil-Portugal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 71.

³¹⁹ Sobre dano moral oriundo do processo penal vide: LIPPMANN, Ernesto. Da responsabilidade civil do Estado pelo erro judicial na esfera penal: o art. 5, LXXV da CF e o art. 630 do CPP vistos pela jurisprudência, *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 43, n. 211, maio 1995, p. 19-21.

litígio – sequer com uma ligação indireta. Não há razão para tratar de maneira diversa essas situações.

Além disso, é possível que o dano atinja a pessoa não integrante da relação processual – situação essa que será exemplificada no item 5.3 do próximo capítulo.

Quanto às violações a bens alheios ao litígio, essas igualmente podem ter natureza patrimonial ou moral. Tais danos podem se referir, inclusive, a direitos fundamentais de natureza processual da parte. Esses direitos apresentam, é claro, natureza moral (embora possam eventualmente ser acompanhados de outras violações de natureza material). O dano ocasionado exclusivamente pela excessiva e abusiva morosidade processual, ainda que não acompanhada de violações ao bem pleiteado em juízo, é um desses casos.

Por exemplo, em um processo de execução dívida, é possível que o poder de compra inerente ao valor do montante, graças aos mecanismos de correção monetária e recomposição patrimonial em face do tempo,³²⁰ não seja alterado. Assim, não há um dano decorrente da violação do bem jurídico objeto do litígio. Todavia, caso constatada uma excessiva e abusiva morosidade na condução do processo de execução, e tal evento seja atribuído ao Estado-Juiz, é possível cogitar de dano moral pela excessiva demora (violadora do direito a um processo com duração razoável).

No tocante a esse ponto, há a discussão se o dano moral em decorrência da morosidade é ínsito ou deve ser comprovado algum tipo de prejuízo antijurídico resultante da morosidade. Entende-se que o dano é ínsito nesses casos. Ou seja, não seria necessário o jurisdicionado comprovar necessariamente algum tipo de prejuízo moral ou patrimonial ocasionado pela demora (como, por exemplo, transtornos psicológicos, problemas de saúde decorrentes da angústia, etc.). Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci classifica como “serio precedente” um julgado da Corte Europeia de Direitos Humanos, ocorrido em 25 de junho de 1987, em que o Estado italiano foi condenado a indenizar um litigante nos tribunais daquele país por conta do dano moral derivado do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda (o mencionado caso *Capuano*).³²¹ Parece ser essa decisão mais acertada.

³²⁰ A questão de, eventualmente, os mecanismos de correção monetária não serem aptos a manter o valor de compra da moeda é, naturalmente, um problema alheio ao tema da responsabilidade do Estado por omissões judiciais.

³²¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional, *Revista da Faculdade de Direito da Univeridade de São Paulo*, v. 97, 2002, p. 328.

Contudo, é possível que algumas circunstâncias fáticas concretas, notadamente a importância que o bem jurídico objeto da ação teria para a parte envolvida, possam interferir na mensuração desse dano. Por exemplo, a excessiva morosidade de uma ação no valor de dez mil reais para um empresário que possui uma renda mensal média superior a cem mil reais não trará tanta angústia quanto uma ação no valor de cinco mil reais para um indivíduo que recebe um salário mínimo por mês. Outro exemplo é uma pequena empresa que presta serviços exclusivamente a outra empresa de grande porte e, rompidas as relações contratuais, necessite a empresa pequena cobrar na justiça todos os valores pendentes em decorrência dos serviços prestados (não adimplidos voluntariamente pela empresa maior). Nesse caso, a morosidade do processo poderá trazer muito mais transtornos (por exemplo, devido à pendência de pagamento das verbas trabalhistas de seus funcionários, pagamento de tributos, iminência de falência, etc.) do que em circunstâncias normais. Certamente, tais fatores devem contribuir na mensuração do dano.

Acidentalmente, é possível que o caso concreto traga elementos que indiquem uma violação a dano de ordem material correlata a essa lentidão, mas que não se refiram exatamente aos direitos pleiteados em juízo. Devem esses danos (tanto em relação à sua existência quanto aos valores) serem amplamente comprovados.³²²

Percebe-se, portanto, que é possível se cogitar de danos de diversas ordens. Quando se discute a responsabilidade pela omissão judicial, não há uma limitação apriorística a respeito da natureza (patrimonial ou moral) ou origem do bem violado (bem objeto do litígio, bem indiretamente ligado aos bens objeto do litígio, bem extraprocessuais, etc.). Todavia, deve preencher os requisitos necessários para a sua perfeita configuração e, para ser indenizável, deve ser imputado a uma omissão estatal juridicamente relevante – tudo em conformidade com os requisitos discutidos no item anterior.

³²² Por exemplo, em um caso da jurisprudência portuguesa – Acórdão da 2ª Subsecção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo-STA, de 13-02-1996, autos do processo n. 38.474, Relator Conselheiro Artur Maurício – além de ser reconhecido o dano em decorrência da morosidade pelo indevido engavetamento da carta precatória, o autor teve de pagar pela expedição de uma segunda carta precatória devido ao suposto extravio da primeira carta – que, por descuido do servidor que a “engavetou”, fez crer que a carta encontrava-se extraviada. Reconheceu-se o prejuízo material suportado pelo jurisdicionado devido à necessidade de pagar pela expedição de outra carta precatória, dado o suposto sumiço da primeira.

No Brasil, há dispositivo específico que atribui a responsabilidade por tal despesa ao magistrado (ou a outros agentes responsáveis): trata-se do artigo 29 do CPC (*As despesas dos atos, que forem adiados ou tiverem de repetir-se, ficarão a cargo da parte, do serventuário, do órgão do Ministério Público ou do juiz que, sem justo motivo, houver dado causa ao adiamento ou à repetição*).

Por fim, cumpre analisar uma última questão relacionada ao requisito do dano e da imputação proposta por Luiz Rodrigues Wambier.³²³ Supondo um exemplo hipotético de o magistrado, em um processo de indenização, tendo para si os autos conclusos para sentença, a profere após um largo período de tempo. Na condenação, são acrescidos os valores de correção monetária. Faz, assim, o processualista a seguinte indagação: “será justo que o réu cumpra a obrigação com o acréscimo relativo à correção do valor da moeda, inclusive no período em que o processo ficou paralisado em mãos do juiz, aguardando a sentença?”

Entende-se aqui não caberá a responsabilização do Estado nesses casos. Isso porque a obrigação já existia anteriormente ao magistrado proferir a sentença – desde o evento que deu ensejo à indenização – e o réu poderia perfeitamente adimpli-la sem a necessidade de o autor ter recorrido ao Poder Judiciário.

Ademais, durante esse lapso temporal entre o evento que deu ensejo à indenização e a condenação, o réu permaneceu com a quantia em dinheiro (podendo perceber, inclusive, os potenciais frutos civis que tal quantia poderia lhe propiciar). Assim, a correção monetária é apenas um mecanismo de manter o poder aquisitivo da moeda, não havendo que se falar em dano ao réu nesses casos. Não há que se falar em dano.

Ainda que se queira discutir eventuais juros moratórios (estes sim poderia se apresentar como dano), não poderia ser o Estado-Juiz responsabilizado devido à carência do requisito imputação. Ora, o réu poderia ter adimplido sua obrigação a qualquer momento e não o fez voluntariamente. Não pode, assim, ser o dano imputado ao Estado.

³²³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Responsabilidade civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 633, jul. 1988, p. 38-39.

5. OMISSÕES JUDICIAIS EM ESPÉCIE

Tecidas as considerações gerais a respeito das omissões judiciais e dos requisitos para configuração da responsabilidade, cumpre analisar as hipóteses específicas de omissões que podem desencadear a responsabilidade.

Este estudo não tem, naturalmente, a pretensão de exaurir todas as hipóteses de omissão, até mesmo porque não existem tipos pré-definidos de condutas omissivas que podem ensejar dano ao jurisdicionado e ao cidadão de uma maneira geral. Logo, não se trata de um rol taxativo elencado neste capítulo. Sem prejuízo disso, abordou-se as hipóteses consideradas mais significativas – pautando-se principalmente, mas não exclusivamente, no processo civil.

É possível afirmar que as duas principais hipóteses de omissão judicial que desencadeiam danos ao jurisdicionado são a *denegação de justiça em sentido estrito* e a *morosidade judicial*. Deu-se, evidentemente, mais atenção a elas.

Além disso, cumpre observar que as espécies elencadas não constituem condutas absolutamente independentes das demais. Ao contrário, percebe-se, em vários dos casos, forte interligação entre elas. Por exemplo, a “espécie” *não adoção de medidas para a boa fluência processual* nada mais é do que uma maneira específica pela qual a *morosidade judicial* ou mesmo a *denegação de justiça em sentido estrito* pode vir a ocorrer. Outro exemplo é a “espécie” *omissões no âmbito das tutelas antecipadas*, que em grande parte das suas hipóteses, apresenta-se como forma especial de *denegação de justiça*.

Por fim, importante informar ao leitor que alguma parcela das considerações aqui formuladas não é decorrência apenas de pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais ou mesmo da legislação. No Brasil, não há, a exemplo da Itália, uma lei específica para regulamentar o instituto da responsabilidade do Estado por atos oriundos do Poder Judiciário. Alias, sequer há legislação sistematizada para tratar do tema mais amplo da responsabilidade do Estado. Existe apenas um projeto de lei que apresenta apenas dois artigos para tratar da responsabilidade do Estado pelo exercício da função jurisdicional (que pouco inovam em relação ao tratamento do tema pelas normas constitucionais) e a determinação da aplicação do regime geral da responsabilidade às atividades administrativas do Poder Judiciário.

Quanto à jurisprudência, como já exaustivamente falado, não há uma ampla aceitação do instituto da responsabilidade do Estado por atos e omissões judiciais. Consequentemente, não há a formulação jurisprudencial (ao menos nos tribunais

brasileiros) de muitos critérios e considerações específicas quanto à aplicação dos requisitos da responsabilidade do Estado por omissão às hipóteses de condutas omissivas judiciais.

Enfim, em relação à doutrina, embora existam diversos trabalhos que enfrentam o tema da possibilidade de responsabilização do Estado por atos e omissões judiciais, não são muitos os que buscam a sistematização de espécies específicas e a aplicação dos requisitos gerais (e respectivos critérios) da responsabilidade do Estado em face delas – constatação essa que, alias, foi um dos fatores que motivou os estudos no âmbito do presente trabalho.

Por conta disso, algumas das considerações tecidas são frutos das reflexões – sempre pautadas nos requisitos da responsabilidade – pessoais deste autor. Consequentemente, não se tem evidentemente a expectativa de que o leitor concorde com a totalidade das construções formuladas. Contudo, caso o leitor se sinta provocado a refletir sobre elas, reputar-se-ão atingidos os objetivos ora propostos.

Passa-se, então, a abordá-las.

5.1. Denegação de justiça em sentido estrito

A denegação de justiça é, sem dúvida, uma das espécies de condutas mais graves que geram danos ao jurisdicionado. Afronta diretamente a garantia do acesso à tutela jurisdicional e consequentemente deixa sem lastro todos os (potenciais) direitos que dependam dessa garantia para se concretizarem.

Com razão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que:

“[a] denegação da justiça é uma das mais graves atividades danosas praticadas pelo magistrado, pois deixa sem contrapartida o direito constitucionalmente previsto de obter, pela via da ação judicial, a proteção aos direitos lesados ou ameaçados. Não há como negar a responsabilidade do Estado, além da responsabilidade pessoal do juiz, pelos danos decorrentes dessa lesão.”³²⁴

Em termos conceituais, é bastante difundida a utilização da expressão “denegação de justiça” em um sentido mais amplo. Emprega-se o termo de modo a abranger desde a lentidão da justiça como a falta de remédios processuais para tutela de direitos.

³²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n. 198, out./dez. 1994, p. 94.

José Guilherme de Souza aponta como hipóteses de denegação de justiça as seguintes: a) quando o juiz nega a aplicação do direito; b) quando o juiz nega a execução da sentença; e c) quando o juiz negligencia propositalmente o andamento de um processo.³²⁵

Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a denegação de justiça pode se dar por diversas formas. Elenca as seguintes: a) omissão em sentenciar, sob fundamento de lacuna da lei, com ofensa ao artigo 126 do CPC; b) recusa, omissão ou retardamento, sem justo motivo, de providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte, conforme previsto no artigo 133 do CPC; c) negligência em dar andamento ao processo; d) adiamento do julgamento para aguardar decisão de outro juiz; e e) absolvição com base no princípio do *in dubio pro reo*, quando a dúvida envolve apenas matéria de direito.³²⁶

Tratando da responsabilidade do Estado no âmbito do direito internacional, André de Carvalho Ramos afirma que o termo denegação de justiça (*déni de justice*) “engloba tanto a inexistência do remédio judicial (recusa de acesso ao Judiciário), ou deficiências do mesmo, o que ocorre, por exemplo, na delonga na prolação do provimento judicial devido ou mesmo na inexistência de tribunais”.³²⁷

Percebe-se que a depender da amplitude que se dá à expressão, pode ela englobar diversas outras omissões judiciais passíveis de desencadear a responsabilidade (inclusive a morosidade judicial).

Na conhecida *legge* 117/1988 italiana, que regulamenta a responsabilidade civil do magistrado, a denegação de justiça é definida de maneira a abranger a morosidade judicial:

Art. 3. Diniogo di giustizia

1. Costituisce diniogo di giustizia il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte ha presentato istanza per ottenere il provvedimento e sono decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data di deposito in cancelleria. Se il termine non e' previsto, debbono in ogni caso decorrere

³²⁵ SOUZA, Jose Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 652, fev. 1990, p. 38.

³²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: n. 198, out./dez. 1994, p. 93-94.

³²⁷ CARVALHO RAMOS, André de. Direitos humanos e responsabilidade internacional, in MENEZES DIREITO; CANÇADO TRINDADE; PEREIRA (org.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo - estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2008, p. 610.

inutilmente trenta giorni dalla data del deposito in cancelleria dell'istanza volta ad ottenere il provvedimento.
2. *Il termine di trenta giorni puo' essere prorogato, prima della sua scadenza, dal dirigente dell'ufficio con decreto motivato non oltre i tre mesi dalla data di deposito dell'istanza. Per la redazione di sentenze di particolare complessita', il dirigente dell'ufficio, con ulteriore decreto motivato adottato prima della scadenza, puo' aumentare fino ad altri tre mesi il termine di cui sopra.*
3. *Quando l'omissione o il ritardo senza giustificato motivo concernono la liberta' personale dell'imputato, il termine di cui al comma 1 e' ridotto a cinque giorni, improrogabili, a decorrere dal deposito dell'istanza o coincide con il giorno in cui si e' verificata una situazione o e' decorso un termine che rendano incompatibile la permanenza della misura restrittiva della liberta' personale.*

Todavia, é possível falar em denegação em um sentido mais restrito.

A respeito dos sentidos que a expressão pode assumir, Augusto do Amaral Dergint classifica a denegação de justiça em duas acepções. Em sentido amplo, significa “toda a deficiência na organização ou no exercício da função jurisdicional, que implique em um falta do Estado quanto ao seu dever de proteção judiciária”. Já em um sentido restrito, “consiste na negativa do Estado-juiz em oferecer a devida proteção aos direitos de seus cidadãos mediante a prestação da tutela jurisdicional”.³²⁸

Afirma ainda que configura denegação de justiça as seguintes situações: recusa de acesso ao Poder Judiciário, negativa de aplicação do direito, recusa de execução de uma sentença e negligência em dar andamento a um processo. Em todas essas hipóteses haveria falta de serviço judiciário – que poderia ser pessoal ou não. Aponta ainda que essa recusa não precisa ser formal.³²⁹

Em parte dos casos em que se cogita de danos pela morosidade judicial, acaba por ocorrer o dano ao direito pleiteado em juízo ou a outros direitos ligados aos bens jurídicos objetos do litígio. Nesse sentido, Maria Emília Mendes Alcântara aponta que

³²⁸ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 189. Também adotando tal distinção entre as acepções ampla e restrita: LEITE, Rosimeire Ventura. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 152-153.

³²⁹ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 191-192.

“[f]requentemente, a demora na entrega da prestação jurisdicional é causa de perecimento de direitos e conseqüente lesão ao patrimônio do particular”.³³⁰

Neste subitem, para distinguir a denegação de justiça de outras espécies de omissões, será considerada ela nas suas acepções mais restritas. Trata-se da omissão judicial que gera o perecimento de qualquer direito objeto do litígio judicial (ou mesmo que resulte danos a bens jurídicos direta ou indiretamente ligados a esses direitos pleiteados em juízo) em decorrência da não edição de atos judiciais.

Ela pode ocorrer tanto pela não prática de um único ato específico, como por não praticar uma série de atos processuais – ou seja, pela “morosidade global do processo”.

Também pode ocorrer pelo impedimento ilegítimo ao acesso à justiça (quando o cidadão sequer consegue acionar o Poder Judiciário, quando, pelo direito, poderia). Conforme lembra Lílian de Castro Peixoto,³³¹ a denegação da justiça não ocorre somente com a recusa, omissão ou retardamento de providências, mas também quando houver dificuldade ou recusa de acesso ao Judiciário, tendo em vista ser direito de todos e dever do Estado a prestação da tutela jurisdicional.

Em princípio pode ocorrer pela não prolação de atos judiciais. Em muitos casos, está bastante ligada ao princípio da vedação do *non liquet*, consagrado em nosso ordenamento.³³² Todavia, também pode ocorrer pela não edição de atos judiciais não judiciais.

Em consonância com o que se abordou no capítulo anterior, em muitos casos, a possibilidade iminente de ocorrer o perecimento do bem jurídico objeto do litígio (ou violações a bens correlatos) impõe a adoção de condutas por parte do advogado, ou pela parte, no sentido de comunicar o juízo a respeito de tal risco, pleitear tutelas de urgência no caso em que elas forem cabíveis,³³³ atravessar petições requerendo medidas ou mesmo, a depender do grau de urgência, comparecer pessoalmente comunicando o risco

³³⁰ ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 48.

³³¹ PEIXOTO, Lílian de Castro. Responsabilidade do Estado por atos do Judiciário, *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena – CAAP*, Belo Horizonte, a. 5, n. 9, 2000, p. 183-184.

³³² Embora tal princípio possa ser extraído de uma série de outras normas (como a inafastabilidade da jurisdição), ele se encontra consagrado mais diretamente no artigo 126 do CPC (“O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”). No PLNCP tal norma está prevista no artigo 140 (“O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”).

³³³ Sobre o assunto específico da imputação do dano ao Estado-Juiz no âmbito das tutelas antecipadas de urgência, vide item 5.7 infra.

ao magistrado competente. Caso contrário, não será possível a imputação do dano ao Estado-Juiz.

Importante quanto a esse ponto a análise do papel do já mencionado parágrafo único, combinado com o inciso II, ambos do artigo 133 do CPC. Por tais dispositivos, a responsabilidade civil do magistrado por perdas e danos, para as hipóteses de recusa, omissão ou retardamento (sem justo motivo) de providência (de ofício ou mediante provocação), apenas será admitida quando a parte requerer ao juiz, por médio do escrivão, que a determine e essa não for cumprida em dez dias.

Tal exigência parece se coadunar com a necessidade de se levar ao conhecimento do magistrado o risco do potencial perecimento de determinado direito para que se possa haver a imputação do eventual dano.³³⁴ Todavia, três considerações devem ser feitas.

Primeiramente, a simples não adoção de providências no prazo de 10 dias exige a real ocorrência do dano para que se cogite da responsabilidade do Estado ou do magistrado. Ainda que a medida seja potencialmente urgente e ela não seja adotada no prazo, não haverá qualquer responsabilidade. Como já fora dito, a conduta omissiva, ainda que ilícita, por si só não gera responsabilidade. Para tal, pressupõe a perfeita observância dos demais requisitos – caso contrário, poderia estar desvirtuando o instituto da responsabilidade do Estado e o utilizando como um mecanismo de responsabilização em outra esfera (como a disciplinar).

Em segundo lugar, o indeferimento da medida, conforme já exaustivamente abordado, não se confunde com a inércia. Assim, a ocorrência de eventual prejuízo antijurídico pelo indeferimento seria questão para se analisar no campo da responsabilidade do Estado por atos (comissivos) jurisdicionais.

Por fim, cumpre observar que em situações de excepcionalíssima urgência (em que a prestação do ato jurisdicional em um prazo de dez dias possa se tornar inútil), tal dispositivo infraconstitucional não teria o condão de afastar, ao menos para fins de responsabilidade civil específica do Estado, o direito de obter a tutela jurisdicional. Ora, se a Constituição veda que a *lei* exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, não pode um prazo *legal, per se*, criar um direito ao Estado de não apreciar um pedido quando envolver excepcional risco a bens jurídicos.

³³⁴ A precisa extensão da aplicação de tal dispositivo ao magistrado, bem como a análise mais aprofundada de sua constitucionalidade, serão melhores analisadas no capítulo subsequente.

Para tal, recorremos a um exemplo hipotético didático. Em 2013, foi editada a Lei 12.841 (inserindo o artigo 130-A na Lei 9.472/97), que estabeleceu a possibilidade de utilização das redes de telefonia móvel para localização de pessoas desaparecidas (casos de sequestro relâmpago, pessoas que se perdem ao fazerem “trilhas” na natureza, ou por qualquer outro motivo). Antes de tal alteração, as empresas de telefonia, receosas em serem processadas, recusavam-se a fornecerem à polícia a localização de tais pessoas sem uma autorização judicial. Assim, antes de referida lei (ou mesmo atualmente, caso a empresa opte por não fornecer tal localização), a busca por determinada pessoa desaparecida requeria a obtenção urgente de uma autorização judicial. Nesses casos, não parece que o Poder Judiciário possua uma prerrogativa de não analisar o pedido durante dez dias sob o argumento de estar respaldado em tal dispositivo do Código de Processo Civil. Assim, nessas situações, excepcionalmente tal prazo não poderia ser oposto ao jurisdicionado para afastar a imputação da responsabilidade ao Estado por tal omissão judicial, configurando verdadeira denegação de justiça. Deve, entretanto, configurar situação de altíssima urgência e de considerável gravidade.

Sem prejuízo disso, é necessário, para fins de imputação do dano à omissão judicial, que haja condições fáticas de o magistrado proferir a decisão (o que não se confunde com o excesso de trabalho, pois nesses casos, dada a urgência do pleito, deve a questão ser priorizada). Assim, deve o requerimento chegar ao conhecimento do magistrado, esse ter tempo de compreender as questões fáticas e jurídicas envolvidas, e, enfim, de editar sua decisão. Há um lapso temporal mínimo para que isso ocorra e que, sem ele, não será possível cogitar a responsabilidade civil do Estado (menos ainda a do magistrado).

Quanto à extensão, cumpre registrar que a denegação também poderá ser parcial. É o caso, por exemplo, da sentença *citra petita*.³³⁵ Evidentemente que, nesses casos, mostra-se fundamental a atuação das partes e/ou procuradores no sentido de demonstrar ao magistrado referida omissão para que se cogite da imputação do dano à omissão estatal. Alias, nesse caso específico, o ordenamento jurídico possui mecanismo específico para tal: os embargos de declaração.

³³⁵ Entendendo pela configuração de denegação da sentença *citra petita*: DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 192.

Conforme o artigo 538, inciso II, do CPC, cabe embargos de declaração quando for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.³³⁶ Pode ser oposto tanto em face de omissões quanto a pedido formulado, quanto em relação a fundamentos jurídicos do pedido e da defesa. Assim, ainda que por descuido o magistrado deixe de apreciar questão pontual, cumpre a parte (por meio de seu procurador ou diretamente, se for o caso) utilizar tal via processual para que se possa cogitar da denegação.

Questão controvertida é saber se, por exemplo, mesmo em caso de recusa injustificada pelo magistrado de apreciar determinado pedido faltante, poderia se cogitar em omissão parcial sem o exaurimento de todas as demais vias recursais (por exemplo, interposição de outros embargos para suprir novamente tal omissão ou a utilização de alguma outra via recursal). Trata-se de questão ligada ao prévio exaurimento das vias recursais para se cogitar da responsabilidade do Estado.

Normalmente esse debate surge em relação à responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. Todavia, nessa hipótese de omissão,³³⁷ o debate também ganha relevância.

O já mencionado Projeto de Lei da Responsabilidade Civil do Estado dispõe em seu artigo 19, parágrafo único, o seguinte:

Enquanto não se esgotarem previamente os recursos previstos no ordenamento processual, descabe a caracterização de dano oriundo da função jurisdicional.

Caso seja aprovado o projeto, não seria possível, portanto, se cogitar da responsabilidade do Estado nesses casos de indeferimento dos embargos interpostos em face de omissão. Todavia, há, ao menos, uma hipótese que aparentemente não seria salutar excluir aprioristicamente a responsabilização: a utilização abusiva e

³³⁶ Mais preciso ainda é o PLNCPC:

“Art. 1.035. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: (...) II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o órgão jurisdicional de ofício ou a requerimento; (...) Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 499, § 1º.”

PS: O art. 499, § 1º traz hipóteses em que se considera não fundamentada a decisão judicial. Suas hipóteses serão analisadas no item 5.6.

³³⁷ Seria aceitável também o posicionamento segundo o qual a decisão dos embargos que se nega a apreciar a questão estaria no âmbito da responsabilidade por atos jurisdicionais. Todavia, como o pano de fundo é uma omissão judicial, opta-se por considerar que é caso de omissão.

manifestamente descabida pelo magistrado da prerrogativa contida no artigo 538, parágrafo único, do CPC.³³⁸

Tal prerrogativa do juiz é de fundamental importância para inibir a atuação de advogados e partes que se utilizam do recurso para fins manifestamente protelatórios – o que contribui, inclusive, para a maior celeridade processual. Todavia, na excepcionalíssima hipótese de o magistrado abusar da utilização de tal prerrogativa (por exemplo, aplicando tal multa, por mero capricho, para casos em que manifestamente a decisão judicial embargada fora omissa), não seria recomendável exigir o prévio exaurimento da via recursal (ainda que em relação à interposição de recursos a outras instâncias).

Feitas essas considerações, cumpre analisar algumas outras questões. José Guilherme de Souza, tratando do dano ocasionado pela denegação de justiça, sustenta o seguinte:

“A denegação de justiça, outrossim, deve constituir um dano grave e sério ao patrimônio econômico e/ou moral do jurisdicionado. Deve ser considerada como presente em casos muito restritos, para que não se confunda com a injustiça da decisão, que é recorrível e mesmo rescindível, mas, em não causando dano por dolo ou culpa do magistrado, ou pelo mau funcionamento dos serviços judiciários (como se verá a seguir), não ensejará a responsabilidade estatal.”³³⁹

De fato, assiste razão ao autor no que tange a necessidade de não se confundir indeferimento e eventuais injustiças de mérito com a denegação (ou mesmo qualquer outra espécie de omissão). Todavia, com a devida vênia ao posicionamento mencionado, entende-se que a análise da gravidade do dano não deve ter de interferência na apuração da ocorrência ou não da denegação de justiça.

Isso porque a denegação de justiça (em sentido estrito) é uma espécie de omissão judicial que se aperfeiçoa quando o Poder Judiciário, ao se quedar omissa em determinado caso concreto, venha a ocasionar o perecimento de um direito. Assim,

³³⁸ “Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo”.

O PLNCPC prevê disposição semelhante nos parágrafos 2º e 3º do artigo 1.039 (todavia, a multa, em relação aos primeiros embargos protelatórios, é elevada para o patamar máximo de 2%). Também inova ao dispor em seu parágrafo quarto ao impedir a interposição de um terceiro embargo, após ser reconhecido que os dois anteriores eram protelatórios.

³³⁹ SOUZA, Jose Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 652, fev. 1990, p. 38.

embora o dano seja indiscutivelmente um requisito imprescindível para a configuração da responsabilidade do Estado, sua gravidade não deverá interferir na configuração ou não da responsabilidade, mas apenas no *quantum* a ser indenizado. Deste modo, se a existência do dano – desde que não seja ele, evidentemente, classificado como um mero dissabor – é um requisito indispensável para a existência do direito de indenização (*an debeat*), sua extensão ou gravidade é medida da quantificação da indenização (*quantum debeat*).

A depender do direito que venha a perecer em decorrência da denegação de justiça, a reparação desse direito poderá assumir um caráter tanto de indenização por danos materiais como morais. Questiona-se, todavia, o seguinte: além da reparação do dano relativo ao direito perecido (que poderá ter natureza material ou moral), é possível discutir também a indenização pela violação da garantia do acesso à jurisdição? Em outras palavras, há um dano moral ínsito à denegação, dissociado do dano (material ou moral) decorrente do perecimento do próprio direito objeto do litígio (e eventuais bens jurídicos a ele associados)?

Imagine-se o seguinte exemplo: o sujeito A aciona o Poder Judiciário pleiteando que se condene a empresa B, administradora de um plano de saúde, a arcar ou fornecer uma cirurgia a que o indivíduo A, por força do contrato, claramente teria direito (conforme a cobertura do plano contratado). Ocorre que, por omissão judicial, a medida pleiteada acaba não sendo apreciada, não sendo realizada a cirurgia e, em consequência disso, o indivíduo A acaba tendo que amputar um membro.

Em referido caso hipotético, seria possível cogitar das seguintes espécies de danos: dano material em decorrência da perda do membro (por exemplo, a redução da capacidade laborativa) e dano moral, em relação também à perda do membro (pela violação ao direito à integridade física, saúde e mesmo dano estético). Ponto que se pretende analisar é se haveria, pelo desamparo ao jurisdicionado, um dano moral inerente à denegação de justiça em sentido estrito.³⁴⁰

Reconhecendo-se a dificuldade e a potencial polêmica em torno dessa discussão, entende-se que poderia sim haver um dano moral ínsito em decorrência da denegação, notadamente nos casos em que os direitos envolvidos tenham sensível importância para

³⁴⁰ Naturalmente, o valor da condenação final em eventual ação de responsabilidade seria único. Todavia, a questão é se o fato de ter havido a denegação, por si só, teria o condão de elevar o montante da indenização (uma das “parcelas” dessa condenação).

o jurisdicionado. Isso porque a denegação pode gerar, nesses casos, sofrimentos que ultrapassem o mero dissabor.

Todavia, em aspectos quantitativos, ele deveria ser arbitrado em valor consideravelmente inferior em relação aos danos materiais e morais ocasionados aos demais bens jurídicos (objeto do litígio ou ligados a ele).³⁴¹ Em realidade, ao calcular todo o prejuízo suportado pelo jurisdicionado, a ocorrência de denegação se torna um fator a mais a ser levado em conta.

Em relação ao dano, há outro ponto fundamental que se deve considerar. Para que haja a sua configuração, em decorrência da denegação, é necessária a constatação (mesmo que ela se de posteriormente) de que a parte efetivamente faria jus ao provimento jurisdicional. Logo, no exemplo dado, se o plano de saúde não estaria obrigado a custear a cirurgia, não haveria o aperfeiçoamento ao requisito do dano (ao menos em relação aos bens da vida pleiteados) em decorrência da denegação.

Não é necessário, todavia, que esse reconhecimento se dê no próprio processo, até mesmo porque ele poderá, eventualmente, ser extinto sem resolução de mérito.

Enfim, em relação à denegação em sentido estrito, há um último questionamento bastante complexo: como encarar a responsabilidade do Estado pela denegação de justiça em sentido estrito em face da eventual responsabilidade de terceiro (integrante do outro polo processual) que tenha provocado a lesão ao bem da vida do lesado?

No exemplo hipotético mencionado acima, a obrigação que a empresa B naturalmente teria em oferecer ou custear a cirurgia para o seu cliente A (com a correlata responsabilidade por tal obrigação) seria apta a afastar a responsabilidade do Estado pela denegação de justiça? Se negativo, há a coexistência de ambas as responsabilidades? Há uma relação de subsidiariedade ou solidariedade entre elas? Há direito de regresso do Estado?

Aparentemente, é um dos pontos mais complexos no âmbito desse tema para se analisar a fundo. Trata-se de questão cuja resposta dificilmente será encontrada em âmbito jurisprudencial, uma vez que os próprios advogados dificilmente buscam solucionar a questão pelo viés da responsabilidade civil do Estado pela denegação de justiça, mas sim pela responsabilização civil da empresa.

³⁴¹ Assim, no exemplo mencionado, caso reconhecido o direito à indenização, o reconhecimento de um eventual dano moral pela denegação em si, deveria ser calculado, do ponto de vista quantitativo, em valores substancialmente menores em relação ao valor arbitrado pelos danos materiais e morais decorrentes da imputação do membro.

Primeiramente, especificamente em relação aos danos ínsitos à denegação (que acima se admitiu como possível), essa se voltaria naturalmente ao Estado-Juiz apenas. Todavia, quanto aos danos materiais e morais decorrentes do membro amputado, a questão se torna mais complexa.

Em relação aos danos materiais e morais decorrentes do membro amputado, aparentemente é tranquilo a possibilidade de se imputá-los, mesmo na ótica civilista, à empresa B (até mesmo por uma questão intuitiva de justiça, aparenta ser mais adequada a responsabilização da empresa do que a estatal). Cumpre analisar se, na eventualidade de o cidadão lesado ingressar com a ação de responsabilidade somente contra o Estado ou em face de ambos, poderia o Estado ser responsabilizado.

Entende-se que a questão deve ser respondida positivamente. Se as circunstâncias fáticas indicarem a possibilidade de se imputar o evento danoso à denegação (que, alias, nesse exemplo foi cronologicamente posterior à decisão da empresa), o fato do dano também ser imputado a terceiro não tem o condão de afastar a responsabilidade do Estado. Para tal, basta recorrer aos casos em que se admite a responsabilidade do Estado em decorrência da insuficiência da segurança pública.³⁴² Em diversos casos, admite-se a responsabilidade do Estado pela ocorrência de determinado assalto. Ora, nesses casos, também aparenta ser mais adequado que a responsabilidade pelos danos provocados à vítima recaia sobre o assaltante. Todavia, não se cogita da irresponsabilidade do Estado em absolutamente todos esses casos pelo fato de o dano ser oriundo de terceiro.³⁴³

Assim, esse “fato de terceiro” (recusa da empresa em oferecer o tratamento ao segurado), prévio à denegação estatal, não tem o condão de afastar a responsabilidade do Estado. Contudo, há de se admitir a possibilidade de ação regressiva do Estado contra esse particular (não com fundamento na parte final do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, evidentemente, mas sim pelo direito civil).³⁴⁴

³⁴² A respeito da responsabilidade do Estado pelas omissões ligadas à segurança pública, vide: PIRES, Luis Manuel Fonseca. Responsabilidade civil do Estado por insuficiência da segurança pública, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 717-737.

³⁴³ Outro exemplo que pode ilustrar tal questão é a responsabilidade (naturalmente objetiva) do Estado por danos ocasionados a usuários (ou mesmo não usuários) dos transportes públicos. Não se cogita da irresponsabilidade do Estado por danos sofridos por passageiros de um ônibus de uma concessionária pelo fato desse ter sido ocasionado pela batida de carro de um terceiro (ainda que esse seja considerado culpado pelo acidente).

³⁴⁴ Alias, defende-se aqui a possibilidade de o Estado buscar o ressarcimento contra o terceiro culpado (assaltante, condutor de veículo que provocou o acidente culposamente), em todos esses casos apontados.

5.2. Morosidade judicial

O excessivo tempo de duração dos processos é sabidamente um dos mais relevantes fatores de descrédito da população em relação ao Poder Judiciário. Apresenta-se como uma das principais pautas no âmbito do debate em torno da efetivação do processo.

Se de um lado, tem-se o importantíssimo direito fundamental à celeridade processual (que pode ser considerado um dos importantes aspectos dos princípios do devido processo legal substancial e do acesso à justiça), por outro, tem-se que o Poder Judiciário, na qualidade de órgão incumbido de dar a palavra final aos conflitos, deve prestar a tutela jurisdicional com um elevado nível de qualidade e com o respeito ao devido processo legal.³⁴⁵

Assim, não é desejável um modelo sistêmico de responsabilização da magistratura – em qualquer dos seus níveis – que induza os magistrados a se tornarem 100% gestores de metas e 0% hermeneutas. Todavia, a rejeição completa da responsabilidade relacionada a esses direitos seria negar o caráter jurídico dos mandamentos da duração razoável e do acesso à jurisdição. A análise da responsabilidade estatal pela morosidade, embora deva ser toda pautada nos requisitos da responsabilidade extracontratual do Estado por omissão, não pode desprezar a necessidade de se ponderar essa tensão.

É verdade que a propositura de uma ação judicial contra o Estado para reaver os prejuízos ocasionados pela morosidade, cuja tramitação igualmente poderá esbarrar nos idênticos problemas da lentidão da justiça, pode soar paradoxal. Além disso, essa mesma ação ironicamente irá contribuir com o aumento do volume de trabalho dos juízes. Contudo, não pode, por esses motivos, ser a ação de responsabilidade considerada um meio inidôneo para que o cidadão busque a reparação do direito seu violado.³⁴⁶

³⁴⁵ Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci sustenta que “assegurar a duração razoável do processo não deve, em qualquer hipótese, vulnerar o princípio fundamental do devido processo legal” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da duração razoável e economia processual no Projeto do Código de Processo Civil, *Revista de Processo*, a. 36, n. 192, fev. 2011, p. 206).

³⁴⁶ José Rogério Cruz e Tucci apresenta três frentes de “luta contra o implacável inimigo” tempo do processo. Há os mecanismos endoprocessuais de repressão à chicana (são as repressões, pelo juiz, do litigante temerário); mecanismos de aceleração do processo (destacando a tutela antecipada, os procedimentos monitorios e as ações coletivas) e os mecanismos (jurisdicionais) de controle externo da lentidão. Nesses últimos, reside a responsabilidade extracontratual do Estado (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 119-142).

Bastante conhecidas são as palavras do Ministro Aliomar Baleeiro em seu voto no julgamento do RE 32.518/RS, rel. para o ac. Min. Vilas Boas, d.j. 21.06.1966, 2ª Turma do STF :

“Se o Estado responde, segundo antiga e iterativa jurisprudência, pelos motins multitudinários, ou pelo ‘fato das coisas’ do serviço público, independentemente de culpa dos seus agentes (...), com mais razão deve responder por sua omissão ou negligência em prover eficazmente ao serviço da justiça, segundo as necessidades e reclamos dos jurisdicionados, que lhes pagam impostos e até taxas judiciárias específicas, para serem atendidos”.

Embora se trate de julgado bastante antigo, e o voto do Ministro (relator original do acórdão) tenha acabado vencido, sua posição foi considerada vanguardista e tal voto é bastante lembrado pelos estudiosos desse tema.

Conforme já abordado, a responsabilidade em decorrência da morosidade estatal deve ser considerada modalidade de responsabilidade por omissão. O ato praticado (ou o procedimento finalizado) com morosidade pode ser subdividido em dois momentos: um primeiro momento omissivo (quando não há a prática do ato ou a finalização do procedimento) e um (eventual) segundo momento em que o ato é praticado, ou o procedimento finalizado, de maneira tardia.

O dano pela lentidão judicial decorre, assim, desse período de omissão, mas não pelo ato final em si (sentença ou acórdão transitado em julgado, ou ato final de satisfação da execução, conforme o caso).

A morosidade de um processo judicial, em uma perspectiva de direito internacional, também pode resultar na responsabilidade do Estado pela denegação de justiça (não na acepção adotada no item anterior, evidentemente) consistente em não se punir os responsáveis por violações a direitos humanos.³⁴⁷ Um exemplo disso é o caso *Genie Lacayo*, em que o Estado da Nicarágua foi condenado – em benefício do pai da vítima – pela excessiva demora em punir os responsáveis pelo desaparecimento e morte de Jean Paul Genie Lacayo. Não é, contudo, sob esse viés que será abordada a presente espécie.³⁴⁸

³⁴⁷ Seria possível cogitar de uma espécie autônoma de omissão judicial desencadeadora da responsabilidade do Estado. A omissão em punir as violações a direitos humanos. Todavia, ainda se trata de omissão que ganha destaque apenas no âmbito das cortes internacionais de direitos humanos.

³⁴⁸ Decisão do caso disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

A garantia da celeridade processual e do processo com duração razoável, conforme já abordado, atualmente encontra-se amplamente consagrado em nosso ordenamento. Além de dispositivos que indiretamente já consagrariam tal garantia, há previsão expressa delas no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF, e artigo 8º, 1, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica).

Quanto aos deveres dos magistrados, a LOMAN igualmente prevê alguns dispositivos ligados à questão da celeridade processual. É o caso dos incisos II, III e VI, do artigo 35.³⁴⁹

O PLNCPC igualmente previu expressamente essa garantia em seu artigo 4º.³⁵⁰ Interessante notar que o direito a um processo com prazo razoável foi expressamente estendida à fase satisfativa. Além desse dispositivo, há previsão expressa determinado que os juízes observem, dentre outras coisas, o princípio da eficiência (artigo 8º), bem como disposições esparsas que conferem maiores poderes aos magistrados na condução do processo, inclusive quanto à promoção da celeridade processual – quanto a esse aspecto, vide item 5.8.

Marçal Justen Filho discorre que

“[a] determinação normativa da responsabilidade civil do Estado apenas se aperfeiçoa quando se assegura a qualquer pessoa eventualmente lesada por atuação indevida do Estado o direito de obter tutela jurisdicional para a sua pretensão”.³⁵¹

Embora esteja se referindo à problemática questão do pagamento pela Fazenda Pública de precatórios – o que não deixa de ser a fase executória de um processo judicial contra o Estado e, portanto, parte da fase satisfativa – tem razão o administrativista ao argumentar que o provimento jurisdicional apenas se torna efetivo quando a pretensão é efetivamente satisfeita. Nesse sentido, andou bem o redator do projeto de lei do novo CPC.

³⁴⁹ “Art. 35 - São deveres do magistrado: (...) II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; (...) VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término”

³⁵⁰ “Art. 4º As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

³⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Estado democrático de Direito e responsabilidade civil do Estado: a questão dos precatórios, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 5, n. 19, jul./set. 2007, p. 171.

Segundo relata Vera Jucovsky,³⁵² dos 108 casos de condenação, entre 1959 e 1989, de diversos Estados europeus por infringência à Convenção Europeia de Direitos Humanos – TEDH, 13 deles correspondiam à demora na prestação jurisdicional – ou seja, mais de 10% dos casos de condenação.³⁵³ Tem-se, portanto, que a morosidade judicial é um problema bastante comum a diversos Estados.

Alguns distintos fatores podem ser considerados causa do problema da lentidão judicial. Augusto do Amaral Dergint³⁵⁴ aponta que a demora no andamento dos processos ocorre devido ao mau aparelhamento do serviço judiciário, à desídia do magistrado, ou pela conjugação dos dois fatores.

Por sua vez, Rosimeire Ventura Leite³⁵⁵ argumenta que contribuem para a lentidão da justiça o número insuficiente de juízes, o aumento do volume de processos e o excesso de formalismos nos procedimentos.

Conforme José Arteiro Vieira de Melo:

“A demora no andamento dos processos sucede em virtude de mau aparelhamento do serviço judiciário ou por desídia do magistrado, senão pela não rara conjugação de ambos os fatores. Ou o juiz age culposamente por desídia, ou, fazendo tudo quando pode humanamente fazer, não vence a passividade do Estado em remover os obstáculos à pontual prestação da tutela jurisdicional.”³⁵⁶

José Rogério Cruz e Tucci, por sua vez, classifica em três grandes grupos os fatores de lentidão da justiça. Há os fatores de ordem institucional, dentre os quais se destaca o fato de o Poder Judiciário, desde o início da República, apresentar-se na prática como o poder mais fraco. Há os fatores de ordem técnica e subjetiva, que incluíam a falta de atratividade da carreira, o desprestígio da sentença do juízo monocrático, a falta de tempo para que os magistrados busquem o necessário aperfeiçoamento cultural e, principalmente, o descumprimento dos prazos processuais pelos magistrados e serventuários. Enfim, há os fatores de insuficiência material, que

³⁵² JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional: Brasil-Portugal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 20.

³⁵³ Dentre eles, 5 eram contra a Itália. Isso demonstra a calamidade que se encontrava a qualidade da prestação dos serviços pelo Poder Judiciário do país. Cumpre notar que em 1988 foi promulgada, mediante referendo popular, a *Legge* 117, marco esse que demonstra a insatisfação dos cidadãos italianos com esse quadro.

³⁵⁴ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 193.

³⁵⁵ LEITE, Rosimeire Ventura. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 147.

³⁵⁶ MELLO, José Arteiro Vieira de. A responsabilidade do Estado pela morosidade na atividade jurisdicional, *Revista Esmape*, Recife, v.7, n. 15, jan./jun. 2002, p. 377.

incluem a inadequação das condições de trabalho, precárias instalações e o crescimento das demandas (desacompanhado do aumento da estrutura para atendê-las).³⁵⁷

Independentemente das causas da lentidão, fato é que o jurisdicionado não pode suportar o peso da morosidade que extrapole os limites do razoável.³⁵⁸

Assim como qualquer outra espécie de responsabilidade do Estado, a responsabilidade pela morosidade judicial pode ser ocasionada por omissões – ou mesmo por atos comissivos que acarretem a morosidade – individualizada de servidores³⁵⁹ e magistrados ou mesmo imputada ao aparelho judicial de modo impessoal. Nessa linha, José Guilherme de Souza sustenta que, em caso de ocorrer a “demora na tramitação de um processo, sem culpa do juiz, mas causada, ao contrário, por falhas e deficiências do aparato judiciário, representadas por sobrecarga e acúmulo de serviço, o Estado é integralmente responsável por tal acidente administrativo.”³⁶⁰

³⁵⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 98-110.

³⁵⁸ Thiago Marrara, em interessante estudo, faz uma abordagem da razoabilidade como um vetor de concretização do princípio da moralidade (MARRARA, Thiago O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação, in MARRARA (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 171-174)

³⁵⁹ Vera Jucovsky narra um caso da jurisprudência portuguesa de responsabilidade do Estado pela morosidade judicial decorrente de ato de servidor específico. Trata-se do Acórdão da 2ª Subsecção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo-STA, de 13-02-1996, autos do processo n. 38.474, Relator Conselheiro Artur Maurício, em que o Estado foi responsabilizado pela demora na tramitação de um processo ocasionado pelo engavetamento de uma carta precatória por descuido de um servidor, além do fato de o autor ter de pagar pela expedição de uma segunda carta precatória devido ao suposto extravio da primeira. (JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional: Brasil-Portugal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 2). Em decorrência desse descuido do servidor, houve atraso indevido no oferecimento da tutela judicial, gerando a responsabilidade do Estado português. Além do prejuízo ocasionado pelo atraso, houve o reconhecimento de prejuízo material pelo autor devido à necessidade do jurisdicionado indevidamente pagar pela expedição de outra carta precatória, dado o suposto sumiço da primeira.

Conforme trechos do acórdão:

“V - Integram ilicitude o facto de um funcionário judicial do tribunal deprecado ter retido, por desleixo, durante largos meses, numa gaveta, um auto de inquirição de testemunhas que o magistrado judicial competente determinara que fosse corrigido e a conduta desse magistrado só assinando aquele auto na altura em que lhe foi apresentado, tudo gerando um atraso de cerca de dezesseis meses na decisão da respectiva acção.

VI - Constitui dano ressarcível na acção de indemnização intentada contra o estado o montante do preparo que o autor teve que voltar a pagar para expedição de nova deprecada, por pretensão extravio da primeira, admitido pelo atraso na devolução da primeira nas circunstâncias referidas no n. anterior.”

Referido acórdão encontra-se disponível no link: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/902e3275b7059cd6802568fc0039478f?OpenDocument>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

³⁶⁰ SOUZA, Jose Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 652, fev. 1990, p. 39.

Ademais, a responsabilidade pela morosidade pode ser ocasionada não somente por falhas impessoais e mau aparelhamento do serviço judiciário, mas também da falta de fiscalização da regularidade com a qual esse serviço é prestado.³⁶¹

O ponto que, aparentemente, se mostra mais problemático – e, ao mesmo tempo, o mais importante – na análise da responsabilidade nessa espécie de omissão é o estabelecimento de critérios, a respeito do fator tempo, apto a discriminar as situações em que se pode constatar a morosidade judicial.

Naturalmente, o estabelecimento de um sistema pré-moldado em que será possível discriminar com precisão tais situações chega a ser utopia. Não há como escapar completamente de um considerável grau de subjetividade do interprete ao julgar o caso concreto.³⁶² Conforme aponta José Rogério Cruz e Tucci, “torna-se impossível fixar a priori uma regra específica, determinante das violações à garantia da tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável”.³⁶³ Também nesse sentido Alice Gonzalez Borges³⁶⁴ aponta que é difícil estabelecer objetivamente uma conceituação de razoável duração do processo, de modo geral e absoluto, uma vez que se trata de um conceito indeterminado.

Todavia, esse fato não significa que a doutrina (além da própria jurisprudência) não possa desenvolver critérios e *standards* temporais para auxiliar os aplicadores do direito a analisarem, com um grau um pouco mais reduzido de subjetividade e menor sujeição à sensibilidade momentânea do julgador, a configuração do requisito da omissão pela morosidade (além do dano e da imputação), em uma demanda envolvendo a responsabilidade do Estado.

Antes de analisar as questões pertinentes à morosidade, cumpre primeiramente esclarecer no que precisamente ela consiste. No item anterior, convencionou-se classificar como denegação de justiça (em sentido estrito) as omissões judiciais que ocasionam a violação a direitos relacionados ao processo (ou mesmo a direito direta ou

³⁶¹ Nesse sentido: GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. *A responsabilidade civil do Estado-Juiz*. São Paulo: Tese (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 135.

³⁶² Nesse sentido: GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. *A responsabilidade civil do Estado-Juiz*. São Paulo: Tese (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 131.

³⁶³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional, *Revista da Faculdade de Direito da Univeridade de São Paulo*, v. 97, 2002, p. 327.

³⁶⁴ BORGES, Alice Gonzalez. Duração razoável do processo administrativo e responsabilidade do Estado, *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, a. 4, n. 7, jan./jun. 2011, 29.

indiretamente a eles ligados). Naturalmente, a morosidade judicial pode aparecer como o fator que gera tal denegação (é, alias, seguramente a causa da violação a esses direito na grande maioria dos casos).

Contudo, a espécie que se aborda no presente item é a morosidade pura e simples. Ou seja, são os danos ocasionados exclusivamente pelo excesso de tempo de duração de determinados processos. Não obstante, é perfeitamente possível que a morosidade seja acompanhada da denegação em sentido estrito. A despeito disso, a análise da responsabilidade pela denegação e pela morosidade deve ser feita com as peculiaridades de cada uma dessas espécies.

Portanto, a presente espécie de omissão analisada se refere aos danos, de natureza não patrimonial, decorrentes exclusivamente da excessiva morosidade processual. Trata-se de dano moral ínsito aos processos que violem o direito à duração razoável.

Emergem-se, assim, uma série de questões. Dentre elas: qual o significado e o papel dos prazos legais para a prática dos atos processuais? A violação deles é suficiente para caracterizar o malferimento ao direito a uma prestação jurisdicional em um prazo razoável? A aferição da morosidade deve estar pautada no “prazo global do processo” (desde o ajuizamento da ação até a eventual satisfação do direito) ou em violações a etapas específicas (por exemplo, o tempo de produção de determinada prova, tempo entre o encerramento da instrução e a prolação da sentença, etc.)?

A legislação pode estabelecer uma série de dispositivos com prazos para a prática de atos pelo magistrado. Há a previsão tanto prazos com fundamento em dispositivos específicos (no CPC, por exemplo, destacam-se os artigos 51, inc. III; 261; 281; 308; 309; 323; 456; 740, *caput*; 755; 758; 803, *caput*; 916, §1º; 971, parágrafo único; 1.109; etc., além dos prazos específicos de procedimentos especiais na legislação esparsa), como também em dispositivos gerais. Nesse último caso destaca-se, no CPC, o artigo 189.³⁶⁵ Igualmente há prazos para os serventuários e demais auxiliares (destaca-se o prazo geral do artigo 190 para os serventuários).³⁶⁶

³⁶⁵ “Art. 189. O juiz proferirá: I - os despachos de expediente, no prazo de 2 (dois) dias; II - as decisões, no prazo de 10 (dez) dias.”

³⁶⁶ “Art. 190. Incumbirá ao serventuário remeter os autos conclusos no prazo de 24 (vinte e quatro) horas e executar os atos processuais no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, contados: I - da data em que houver concluído o ato processual anterior, se lhe foi imposto pela lei; II - da data em que tiver ciência da ordem, quando determinada pelo juiz. Parágrafo único. Ao receber os autos, certificará o serventuário o dia e a hora em que ficou ciente da ordem, referida no n.º II.”

O Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil igualmente estabelece um prazo geral – com prazos maiores em relação ao código vigente – para a prática de atos pelo magistrado (artigo 226),³⁶⁷ como prazos específicos (por exemplo, o artigo 309, 332; 333, §3º; 373; 495, §7º; 531, §4º; 607, parágrafo único; 723, §1º; 725; §2º; 738; 893, *caput*; 932, §1º; 936; 944; 953, *caput*; 1.032; 1.037; etc.). Há, também, prazo para a prática de atos pelo serventuário e demais auxiliares (artigo 228;³⁶⁸ 245, §2º; 254; 472, §2º; 484, *caput*, §§ 2º e 4º; 538, §2º; 679, §1º; dentre diversos outros).

Da mesma maneira, a legislação processual penal impõe prazos para que os magistrados pratiquem atos (e demais serventuários).

Ocorre que, ao contrário do prazo que a legislação ou os próprios juízes estabelecem às partes, os previsto para os magistrados e serventuários são considerados impróprios. Ou seja, não acarretam preclusão ou consequências processuais.³⁶⁹ A questão que surge, assim, é saber se, para efeitos de responsabilidade estatal por morosidade, o descumprimento do prazo geraria, por si só, direito à indenização.

A respeito da antijuridicidade da omissão, Paulo Modesto sustenta o seguinte:

“A violação de um prazo processual pelo Estado-Juiz, por exemplo, nem sempre pode ser qualificada isoladamente como omissão decorrente do ‘mau funcionamento’.

O direito a prazo razoável na prestação jurisdicional, que o projeto de reforma do Poder Judiciário quer exaltar, expressa obrigação que exige ponderação das circunstâncias do caso concreto. Nem toda violação de prazo processual caracteriza um dano ressarcível para efeitos indenizatórios. A violação de prazo processual é indício de omissão antijurídica, mas não traduz elemento de caracterização suficiente. A complexidade da demanda, objetiva e subjetiva, a conduta dilatatória das partes, as dificuldades técnicas de comunicação dos atos processuais, por

³⁶⁷ “Art. 226. O juiz proferirá: I – os despachos no prazo de cinco dias; II – as decisões interlocutórias no prazo de dez dias; III – as sentenças no prazo de trinta dias.”

³⁶⁸ “Art. 228. Incumbirá ao serventuário remeter os autos conclusos no prazo de um dia e executar os atos processuais no prazo de cinco dias, contado da data em que: I – houver concluído o ato processual anterior, se lhe foi imposto pela lei; II – tiver ciência da ordem, quando determinada pelo juiz. § 1º Ao receber os autos, o serventuário certificará o dia e a hora em que teve ciência da ordem referida no inciso II. § 2º Nos processos em autos eletrônicos, a juntada de petições ou de manifestações em geral ocorrerá de forma automática, independentemente de ato de serventuário da justiça.”

³⁶⁹ Em relação ao magistrado, pode haver, a depender das circunstâncias, a consequência (extraprocessual) prevista no artigo 93, inciso II, alínea “e”, da CF (“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: (...) e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, reter autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão”).

exemplo, são ocorrências que podem conduzir a inviabilidade prática de fiel cumprimento dos prazos legais.”³⁷⁰

A jurisprudência portuguesa possui um precedente³⁷¹ nesse sentido. Afirmou-se que a não observância a prazos fixados em lei para a prática de atos processuais não configura, em si, fato ilícito, porém a prolação de sentença em prazo superior a um prazo razoável configuraria.

Por outro lado, sustenta José Augusto Delgado o seguinte:

“constitui garantia individual implícita (CF/88, art. 5º, §2º) a prestação jurisdicional dentro dos prazos fixados pela legislação ordinária, não só com apoio no princípio da legalidade, quando o Estado deve suportar a lei que ele próprio fez, como também por ser inconciliável com o sistema democrático o fato de não gerar responsabilidade o descumprimento do direito positivado.”³⁷²

A respeito dessa complicada questão, a melhor solução, para efeito de responsabilidade do Estado, não é o enfoque na conduta omissiva em si. Defender que o Estado-Juiz não foi omisso, e que essa omissão não possui uma carga de antijuridicidade, aparentemente é posição que dificilmente se sustenta.

Ainda que se trate de prazo impróprio, e que a simples violação do prazo não deva gerar per se responsabilidade do Estado e do magistrado (civil ou disciplinar), não se pode negar que a conduta estatal possui uma carga de antijuridicidade. O que, todavia, não se observa com a pura e simples violação do prazo é o requisito do dano ao jurisdicionado. A simples violação de um ou alguns prazos ao longo do *iter* procedimental não significará que o jurisdicionado tenha suportado as violações morais inerentes a não obtenção de resposta (e, eventualmente, a satisfação) em um prazo razoável.

³⁷⁰ MODESTO, Paulo. Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional, *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 13, mar./abr./maio 2008, p. 16. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%20-2008-PAULO-MODESTO.PDF>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

³⁷¹ Trata-se do Acórdão da 2ª Subsecção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo-STA, de 07-03-1989, autos do processo n. 26.525, Relator Conselheiro Antonio Samagaio. Referido acórdão encontra-se disponível no link: <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/99fe577fdceb2499802568fc00375aa0?OpenDocument&Highlight=0,deve,conhecer-se,prioritariamente,do,recurso,subordinado,da,parte>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

Referido acórdão também foi comentado por: JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional: Brasil-Portugal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 9-17.

³⁷² DELGADO, Jose Augusto. A demora na entrega da prestação jurisdicional: responsabilidade do Estado: indenização, *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 10, n. 2, jul./dez. 1998, p. 116.

A responsabilidade pela morosidade judicial é uma espécie mais reconhecida na jurisprudência (notadamente das cortes internacionais) do que as demais.

No Brasil, bastante conhecido é o caso *Oswaldo Sanches contra a União*.³⁷³ Na sentença de primeiro grau, reconheceu-se o dano moral ínsito resultante simplesmente da lentidão processual (tinha por referência uma demanda trabalhista cuja sentença fora proferida após mais de vinte anos da data do ajuizamento).³⁷⁴ Reconheceu-se a deficiência no aparelhamento da justiça e que isso provocou danos morais pela lentidão processual. Todavia, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região reformou a sentença, afastando a responsabilidade do Estado pela morosidade, sob o argumento de que o autor não havia formulado pedido de danos morais (sendo vedado ao Poder Judiciário, pelo princípio da inércia, converter o pedido de danos materiais em morais). Ademais, afirmou-se que a parte, tendo utilizado todos os mecanismos processuais postos à sua disposição, não poderia alegar que a morosidade na solução da lide se deu pela má prestação dos serviços jurisdicionais.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos é, possivelmente, a melhor fonte, em termos jurisprudenciais, em relação à responsabilidade pela morosidade.

Um julgado importante³⁷⁵ do Tribunal é o caso *Guincho*, da Vila Franca da Xira (acórdão de 28.06.1984). Trata-se de queixa pela inexistência de decisão judicial em prazo razoável por conta de ter havido uma demora para que fosse julgado um pedido de indenização resultante de acidente de viação.

Embora o Tribunal tenha levado em conta o volume de processos na respectiva comarca e o número de juízes por habitantes, ressaltou-se a (baixa) complexidade da causa e a conduta das partes (que não atrapalharam o andamento do processo), além do fato de as representações do autor no Conselho Superior da Magistratura não terem surtido efeitos (a realização de reclamação na via disciplinar, todavia, não constituía

³⁷³ Ação ajuizada, em 1989, perante a 7ª Vara da Justiça Federal de São Paulo/SP, sob o n.º 89.0017372-3 (n.º CNJ 0017372-59.1989.4.03.6100).

³⁷⁴ Por outro lado, fora indeferidos (acertadamente) dois pedidos do autor: a) o reconhecimento de danos materiais em decorrência da desvalorização da moeda (“cortes dos zeros” na moeda brasileira), haja vista o fato de que as passagens de uma moeda para outra tiveram a finalidade justamente de manter o poder aquisitivo anterior na economia inflacionária; e b) o pedido de dano moral pelo abalo à saúde mental do autor, haja vista o fato de não ter sido comprovado referida alegação.

³⁷⁵ Vera Jucovsky aponta que, somente em relação a Portugal (até a data da publicação de sua obra, evidentemente), o Tribunal já havia reconhecido a violação do artigo 6, 1, da Convenção (que veicula a garantia do processo em um prazo razoável) em ao menos 6 casos (*Guincho*, *Baraona*, *Martins Moreira*, *Neves e Silva*, *Oliveira Neves*, *Moreira Azevedo* e *Silva Pontes*), fora os casos em que o Estado português chegou a um acordo antes da decisão da corte (JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional: Brasil-Portugal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 18-19).

exigência para a obtenção da indenização), como fatores importantes para reconhecimento da responsabilidade. Ademais, nenhuma medida fora adotada pelo Estado português para amenizar a situação.

Além disso, não foi aceito como justificativa para a lentidão o fato de Portugal ter passado por uma delicada situação institucional após a chamada “Revolução de Abril”, a descolonização e forte crise econômica. Isso porque, tendo o país se comprometido à respeitar a Convenção – e, assim, também concordado com o direito ao recurso individual de seus cidadãos –, deveria ter conhecimento de suas obrigações em nível internacional e adequar-se para cumpri-las.³⁷⁶

Outro julgado pelo Tribunal Europeu de relevante importância histórica é o já citado caso *Capuano*. Além de ter sido o Estado italiano condenado pelo dano moral decorrente do “estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda” (conforme já mencionado no capítulo anterior), o julgado consolidou na jurisprudência da corte algumas questões relevantes a respeito da responsabilidade estatal pela morosidade (algumas delas em referência ao próprio caso *Guincho*).

Dentre elas, destacam-se a reiteração do entendimento da Corte acerca da apreciação do tempo razoável do processo (ou seja, para verificar se não houve dilações indevidas). Tal aferição é pautada em três critérios a) a complexidade da causa; b) a conduta dos próprios litigantes e de seus procuradores (em âmbito processual penal, da acusação e da defesa); e c) a atuação do órgão jurisdicional.³⁷⁷

Alguns pontos interessantes podem ser notados na decisão: prolação da sentença pela corte europeia mesmo antes do julgamento do processo pelo Judiciário italiano (até o momento da decisão, havia transcorrido 10 anos e 4 meses de seu início); baixa complexidade da causa (tanto em relação à matéria de fato como de direito); atribuição ao Sr. *Capuano* (vítima) o atraso de um ano (análise do comportamento da parte, exigindo-se “diligência normal” dela ao longo do processo); verificação detalhada da etapas do procedimento que poderia ser atribuídas ao Estado (atuações do órgão jurisdicional); dentre outras coisas.³⁷⁸

³⁷⁶ Discorrendo sobre esse julgado e alguns outros aspectos da morosidade judicial do Poder Judiciário português em face da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, vide: JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional: Brasil-Portugal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 18-24.

³⁷⁷ Quanto à importância histórica da consagração desses três critérios, a própria corte, ao julgar o caso em comento, atribui ao aresto *Zimmermann e Steiner* (de 13 de julho de 1983) o principal destaque.

³⁷⁸ A íntegra da decisão pode ser lida em: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 69-75.

A partir desse aparato, é possível buscar um modelo para guiar a verificação da responsabilidade pela morosidade.

Paulo Modesto defende o estabelecimento legislativo de critérios objetivos. Conforme o publicista, “[p]ara responsabilizar pela demora é necessário adotar um padrão ou parâmetro que aparte a ‘demora justificada’ e a ‘demora excessiva’, anômala, inescusável e negada pelo direito. O legislador deve fixar parâmetros objetivos.”³⁷⁹ Embora fosse interessante a fixação de parâmetros pela lei formal para tal, o ordenamento brasileiro, como se sabe, sequer possui um aparato legislativo mais robusto para o tema geral da responsabilidade extracontratual do Estado. Não há, ao menos por enquanto, perspectivas de que isso aconteça.

Segundo Vera Jucovsky,³⁸⁰ a fixação da razoabilidade do prazo deve ser feita com critérios, examinando cada caso concreto, levando-se em conta a conduta das partes, a conduta das autoridades envolvidas, a complexidade da causa, dentro outros fatores. Conforme visto, são justamente os propostos na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

A respeito desses critérios do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, conforme sustenta Alice Gonzalez Borges,³⁸¹ na análise da complexidade da causa deve levar em conta a complexidade dos fatos – natureza da questão posta no processo, bem como as questões atinentes ao campo probatório – a complexidade do direito – eventuais dificuldades na interpretação das normas jurídicas incidentes sobre a questão – e a complexidade do processo – quantidade de incidentes e demandas no procedimento, tais como a interposição de muitos recursos, dificuldades na localização de testemunhas, intervenção de interessados no processo etc.

Já em relação ao comportamento das partes, há de se analisar se houve condutas abusivas de alguns dos litigantes e de seus procuradores. Exemplificando, pode-se mencionar o uso procrastinatório de recursos (a própria legislação processual combate, por exemplo, a utilização abusiva e procrastinatória dos embargos de declaração),

³⁷⁹ MODESTO, Paulo. Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional, *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 13, mar./abr./maio 2008, p. 12. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2008-PAULO-MODESTO.PDF>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

³⁸⁰ JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional: Brasil-Portugal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 9.

³⁸¹ BORGES, Alice Gonzalez. Duração razoável do processo administrativo e responsabilidade do Estado, *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, a. 4, n. 7, jan./jun. 2011, 30.

requerimento de provas desnecessárias, impertinentes ou ilícitas, etc. Exige-se dela “diligência normal” ao longo do processo.

Ainda quanto à delimitação dogmática da dicção “prazo razoável”, José Rogério Cruz e Tucci aponta que, para a doutrina canadense, o direito à rápida prestação jurisdicional deve ser verificado com base no exame de quatro questões: a) identificação do interesse que esse direito visa proteger; b) determinação dos beneficiários de tal direito e da relevância da demora; c) dos fatores que devem ser considerados para verificar se a demora é justificável; e d) dos remédios apropriados para combater a violação a esse direito.³⁸²

Enfim, com base em todo esse aparato doutrinário e jurisprudencial abordado, propõe-se uma forma de verificação da responsabilidade do Estado pela morosidade judicial – evidentemente, para a verificação do dano ínsito a ela, podendo ser eventualmente cumulado com danos de outra ordem.³⁸³

Defende-se aqui a necessidade da análise em duas etapas para se constatar a existência da responsabilidade do Estado. Primeiramente, deve-se analisar o processo em si mesmo, internamente, levando-se em conta, sobretudo, o cumprimento de prazos específicos pelo Estado-Juiz ao longo do procedimento. Em seguida, verificar, a partir da duração total do processo e, inclusive, com base em análises comparativas, se houve a eventual vulneração do direito à razoável duração do processo.

Quanto a esse primeiro momento da análise (de cunho intraprocessual), tem-se, em princípio, a impossibilidade imputação da responsabilidade ao Estado quando todos os prazos impostos aos magistrados e demais serventuários e colaboradores foram cumpridos, independentemente de serem prazos próprios ou impróprios.

Requer-se uma análise de todo *iter* procedimental, etapa por etapa, entre o momento da propositura da ação até o término do processo, que pode variar conforme o caso (encerramento da fase de conhecimento, término da etapa satisfativa, etc.).

A somatória de cada lapso temporal cuja demora puder ser imputada ao Estado resultará no tempo total atribuível ao Estado que servirá de base para a aferição. Se esse tempo for consideravelmente elevado, ou manifestamente desproporcional ao restante do tempo de tramitação normal do processo, haverá indícios fortes de ter ocorrido violação ao prazo razoável.

³⁸² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 79.

³⁸³ Naturalmente, não se pretende aqui extinguir o elevado grau de subjetividade e peculiaridade casuística que a questão impõe. Todavia, intenta-se com tal propositura amenizar esse panorama.

Nessa análise, poderá ser imputada ao Estado a demora pela violação de qualquer prazo seu (não o prazo em si, mas o tempo excedente, evidentemente), desde que não haja razão justificada para tal. Conforme Tucci, “é necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo”.³⁸⁴ Defende ainda, com razão, o processualista – em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Europeu – que o excesso de trabalho não é justificativa plausível para a lentidão da tutela jurisdicional – não afasta, portanto, a imputação da responsabilidade do Estado.

Não pode ser imputada ao Estado a demora decorrente, por exemplo, do tempo para efetivar os atos de execução quando não forem localizados bens do executado, demora em se produzir determinada prova quando a complexidade de questão demandar tempo; atos inerentes ao exercício do direito de ampla defesa e contraditório das partes; atos atribuídos à própria (suposta) vítima; ou, em regra,³⁸⁵ pela prática de atos que dependam da parte contrária ou de terceiros.

Enfim, no âmbito dessa primeira análise, investiga-se qual o lapso temporal do processo³⁸⁶ que efetivamente pode ser atribuído ao Estado (tendo ele diretamente causando o atraso ou não tendo ele impedindo que esse atraso, por outro motivo, ocorra quando deveria impedi-lo). A partir desse dado, a análise, nesse primeiro momento, ora proposta é a seguinte:

- a) Se inexistiu qualquer atraso imputável ao Estado-Juiz, não haverá responsabilidade pela morosidade (simplesmente porque sequer houve a conduta omissiva estatal).
- b) Se ocorreu atraso atribuível ao Estado, mas esse foi quantitativamente pequeno (baixa lesividade absoluta à garantia da duração razoável), ou, se foi quantitativamente um pouco maior, mas comparativamente pequeno em relação ao tempo total de duração do processo (baixa lesividade relativa), não haverá responsabilidade do Estado.
- c) Se a suposta vítima, agindo de má-fé (por exemplo, interpondo recursos ou incidentes manifestamente protelatórios), deu causa à morosidade, ainda que parcial e proporcionalmente menor que a conduta omissiva estatal que resultou em morosidade, também não poderá haver a responsabilização do Estado. Isso porque houve atuação do

³⁸⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 69.

³⁸⁵ Todavia, a depender das circunstâncias, a demora pela prática desses pode ser imputada ao Estado. Quanto a esse ponto, vide item 5.8.

³⁸⁶ Naturalmente, todas essas questões serão cogitadas a partir de um processo cujo tempo total de duração já seja considerado extenso.

jurisdicionado no sentido de aumentar o risco (ou o próprio dano) a seu direito ao processo célere, não podendo se imputar ao Estado a responsabilidade.

d) Se o jurisdicionado, mesmo sem má-fé, foi o responsável por resultar em substancial morosidade no processo (considerável em relação ao tempo total e proporcionalmente superior à delonga atribuída ao Estado), não poderá o Estado ser responsabilizado. Isso porque a participação significativa da suposta vítima na produção do dano impede que esse seja imputado à conduta omissiva estatal.

Havendo um lapso temporal considerável de delonga atribuível ao Estado, considerável diante do tempo total de duração do processo, poderá, a princípio, haver a responsabilidade do Estado-Juiz pela morosidade. Quanto maior esse lapso, maior poderá ser fixado o *quantum* devido – quantia essa cujo cálculo também levará em conta a importância dos direitos envolvidos na lide para o jurisdicionado.

Todavia, constatada a possibilidade de se responsabilizar o Estado por meio dessa primeira análise, ainda deverá ser feita uma segunda verificação para haver a responsabilização do Estado. É uma análise voltada para o âmbito externo do processo (interprocessual ou mesmo extraprocessual), envolvendo uma difícil questão: a comparação com tempo médio dos demais processos semelhantes.

Questão polêmica no âmbito desse tema, cumpre analisar se a comparação com o tempo médio de duração de outros processos semelhantes é instrumento hábil para se apurar a morosidade de determinado processo. De um lado, alguns autores, embora admitam que a justiça brasileira seja lenta, aceitam com mais facilidade tal análise comparativa. Nessa linha, José Arteiro Vieira de Melo sustenta o seguinte:

“A qualificação de ‘anormal’, para que o funcionamento danoso da Justiça outorgue direito a indenização, obriga uma concreção que torna tangível tão indeterminada adjetivação. Essa deve obter-se através dos padrões de normalidade que, no caso de uma Justiça tradicionalmente lenta, cobram especial importância no tocante às dilações processuais.”³⁸⁷

Por outro, outros oferecem maiores resistência a tal ideia. Segundo Aguiar Júnior:

“[s]equer a vasta diferença entre o que existe e o que seria razoável esperar, nas condições do país, pode servir de escudo à

³⁸⁷ MELLO, José Arteiro Vieira de. A responsabilidade do Estado pela morosidade na atividade jurisdicional, *Revista Esmape*, Recife, v.7, n. 15, jan./jun. 2002, p. 383.

incúria, à inoperância e à incapacidade de ordenar o sistema judiciário de modo a atender a demanda”³⁸⁸

A questão é delicada porque a adoção de qualquer solução pode ser problemática: se por um lado, afastar a responsabilidade pelo fato de o processo ter um tempo de duração de acordo com a média pode estimular um completo descompromisso com a busca pela melhoria da tempestividade da tutela jurisdicional (ou mesmo premiar a ineficiência da administração da justiça), por outro, admitir o completo menosprezo à análise dessa comparativa pode abrir as portas para o aumento exponencial do ajuizamento de ações contra o Estado³⁸⁹ com o fundamento na morosidade – o que transformaria a exceção (reparação do dano) em regra.

Parece tentador evocar, nesse ponto, o argumento de que a averiguação do requisito do dano depende da observação da característica da especialidade. Isso afastaria a responsabilidade do Estado nos casos em que o tempo de duração do processo não extrapolasse um padrão médio. Entretanto, tal solução é tecnicamente equivocada. Conforme já apontado, a especialidade é uma das características exigidas para que um prejuízo seja elevado à condição de dano exigido apenas em relação à responsabilidade por atos lícitos. Pelas condutas ilícitas, o Estado está obrigado a indenizar os danos causados ainda que sejam mais generalizados. Quando o fundamento na responsabilização por atos lícitos está no princípio da igualdade, diz-se que o direito à indenização surge pelo sacrifício demasiadamente pesado que um ou alguns suportaram em benefício da coletividade. Na responsabilidade por ato ilícito não há, em princípio, benefício da coletividade, tampouco obrigação de o indivíduo suportar o prejuízo.

A melhor saída para tal questão está na extração do conteúdo normativo do princípio da duração razoável do processo para efeitos da responsabilidade do Estado. Se a vulneração a alguns prazos específicos pode ser considerada ato antijurídico estatal, isso não significa que o direito do jurisdicionado à duração razoável – do processo como um todo – foi necessariamente vulnerado a ponto de gerar um dano moral inerente à excessiva espera.

³⁸⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 20, n. 59, nov. 1993, p. 40.

³⁸⁹ Podendo até mesmo atrapalhar, em termos mais gerais, a gradual evolução, referente à redução de acervos processuais e aumento de produtividade dos magistrados, buscada pelas políticas (“metas”) do CNJ.

Quando a excessiva duração do processo é manifesta, ou se ela claramente não existe, não há grandes dificuldades em se analisar a questão. Nas situações intermediárias a essa é que ela se torna mais complicada.

E justamente para esses casos é que a comparativa com outros processos semelhantes pode servir como um bom parâmetro. Não se trata de verificar a especialidade do dano, mas sim um dado concreto para auxiliar na análise de tal vulneração.

Assim, partindo do pressuposto que, na primeira fase da análise (proposta acima), foram constatados lapsos de tempo significativos de delongas desnecessárias atribuíveis ao Estado-Juiz, é necessário, a partir da análise do tempo total de duração do processo, verificar se houve vulneração do direito à razoável duração a ponto de gerar um dano moral ínsito à morosidade. Tal análise deve pautar-se nas seguintes situações:

a) Se a duração total do processo for manifestamente elevada,³⁹⁰ haverá responsabilidade.

b) Se a duração total do processo for manifestamente baixa, não haverá a responsabilidade do Estado. Ainda que tenham ocorrido consideráveis demoras indevidas atribuíveis ao Estado, em princípio, não será possível cogitar da responsabilidade do Estado (notadamente se o tempo total de duração estiver abaixo do tempo médio de duração de processos de natureza e complexidade semelhante). Isso porque a responsabilidade civil estatal é um instituto cuja finalidade maior é reparar danos, mas não controlar e reprimir a atuação do Estado e de seus agentes.

c) Na “zona cinzenta” entre as duas situações acima, a análise deverá ser casuística. Todavia, alguns dados concretos poderão auxiliar na análise, notadamente: o grau de impacto (quantitativo e proporcional em relação ao tempo total do processo) do lapso temporal de morosidade atribuível ao Estado³⁹¹ e a comparativa e discrepância com o tempo médio de duração dos processos de mesma natureza. Se determinado processo tiver um tempo de duração consideravelmente alto, mas não a ponto de ser encarado como manifestamente abusivo, a cogitação da responsabilidade ganhará força quando constatado um maior período de delonga imputável ao Estado e quanto maior for a discrepância em relação à média dos processos.

³⁹⁰ Não é possível estabelecer, de antemão, exatamente um prazo a partir do qual será manifesta a violação da garantia, bem como para verificar que claramente não houve tal vulneração. Isso porque, a depender da natureza e complexidade da demanda, essas podem variar.

³⁹¹ Evidentemente esse lapso temporal deverá existir e ser minimamente impactante (caso contrário sequer se chegaria a essa segunda etapa da análise, reconhecendo-se a irresponsabilidade desde o primeiro momento). Todavia, ele poderá ser mais ou menos elevado a depender do caso.

Todavia, para que esse tempo médio de duração de processos de natureza e complexidade semelhantes sirva de parâmetro, há de se ter com pressuposto o fato dele estar dentro de um padrão minimamente aceitável (ainda que não ideal).

Por um lado, quando o próprio “tempo médio” de duração de processos de determinada natureza e complexidade é completamente abusivo ao direito do jurisdicionado, será igualmente inadequado se imaginar que ele possa servir de parâmetro para qualquer coisa. Por outro, o completo menosprezo a esse tempo médio quando ele for minimamente aceitável (ainda que não esteja em um patamar considerado ideal) parece ser igualmente inviável.

É inadequada a utilização do instituto da responsabilidade extracontratual do Estado como mecanismo de “abaixar” o tempo médio de duração dos processos como um todo – embora em seu efeito secundário, possa contribuir com tal redução. Conforme abordado no primeiro capítulo do presente trabalho, o estímulo para que o Estado melhore a prestação de serviços de sua incumbência, é mais bem atendido com políticas específicas de melhoria dos serviços, controle disciplinar – nesse passo, o estabelecimento de metas pelo CNJ parece cumprir de maneira muito mais adequada tal incumbência – e medidas de gerenciamento da prestação dos serviços jurisdicionais.

Alexandre de Moraes, ressaltando a importância do controle disciplinar exercido pelo Conselho Nacional de Justiça, sustenta que:

“Em vários julgamentos, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça vem efetivando esses princípios constitucionais, determinando prazo fatal para julgamento de ação que se arrastava há décadas, demonstrando ser possível combater a morosidade na Justiça, mesmo sem grandes alterações legislativas e com absoluto respeito à independência dos magistrados”³⁹²

Enfim, pelo modelo analítico ora proposto, haveria constatação da existência de um dano ínsito indenizável, fruto da violação do direito à duração razoável do processo, imputável à conduta omissiva do Estado nos casos de processos com duração excessivamente elevada (quando parcela de tempo considerável dessa excessiva duração puder ser imputada ao Estado) ou, em casos de processos com duração consideravelmente alta (principalmente quando observada uma discrepância em relação ao tempo médio de duração de processos de natureza e complexidade semelhante), nas situações em que se verifique que parte substancial da demora seja imputada ao Estado.

³⁹² MORAES, Alexandre de. Consumidor e direito à prestação jurisdicional eficiente e célere, *Revista Mestrado em Direito, Direitos Humanos Fundamentais*, a. 7, n. 2, jul./dez. 2007, p. 54.

Naturalmente a quantificação do valor da indenização será maior ou menor de acordo com a amplitude da violação a esses aspectos e quanto maior a importância do direito envolvido no litígio. Assim, naturalmente será bastante elevada a indenização pelo dano moral ínsito a um processo que envolva direito impactante na vida do jurisdicionado, cuja duração total seja manifestamente elevada e que seja imputada ao Estado grande parte dessa demora.

Cumprido, enfim, analisar algumas questões finais.

O Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil prevê um artigo que pode auxiliar a análise da questão da morosidade. Trata-se do artigo 12 que estabeleceu – dentre algumas séries de exceções³⁹³ – a necessidade de se respeitar a ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

Art. 12. Os órgãos jurisdicionais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

§ 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

§ 2º Estão excluídos da regra do caput:

I – as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;

II – o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;

III – o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;

IV – as decisões proferidas com base nos arts. 495 e 945;

V – o julgamento de embargos de declaração;

VI – o julgamento de agravo interno;

VII – as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça;

VIII – os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal;

IX – a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

§ 3º Após elaboração de lista própria, respeitar-se-á a ordem cronológica das conclusões entre as preferências legais.

§ 4º Após a inclusão do processo na lista de que trata o § 1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a

³⁹³ Quanto às exceções, correta é a decisão de excepcionar o julgamento das causas urgentes dessa necessidade de se observar a ordem cronológica da conclusão. De acordo com o que fora exposto no item anterior, o direito ao acesso à jurisdição impõe o julgamento mais rápido quando o provimento puder resultar em perecimento de direito – sob pena inclusive de restar configurada a denegação de justiça. Todavia, entende-se que não é salutar a necessidade de se observar, dentre as decisões classificadas como urgentes, uma ordem cronológica absolutamente rígida. Isso porque, mesmo dentre causas urgentes, há aquelas que demandam uma urgência muito mais acentuada, podendo demandar decisões imediatas. Seria interessante, portanto, possibilitar ao magistrado excepcionar até mesmo essa lista.

reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência.

§ 5º Decidido o requerimento previsto no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista.

§ 6º Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no § 3º, o processo:

I – que tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução;

II – quando ocorrer a hipótese do art. 1.053, inciso II.

Trata-se de dispositivo que visa resguardar a igualdade (material e formal) em relação aos jurisdicionados no que tange à celeridade processual.

Busca-se evitar que o órgão jurisdicional de preferência para o julgamento de determinada causa (pela importância da causa, pela opção de julgamento de questões mais simples visando o cumprimento de metas, etc.) ou mesmo que se evitem indevidos engavetamentos de processos de alta complexidade da matéria de fato ou de direito. Algumas das exceções estabelecidas no próprio dispositivo igualmente visam tutelar a igualdade, porém em seu aspecto material (medidas de discriminação positiva).³⁹⁴

Para efeitos da apuração da responsabilidade pela morosidade, tal dispositivo, caso seja aprovado, também pode ter a sua influência. Ao mesmo tempo em que as delongas provocadas por conta da violação à ordem de preferência estabelecida no dispositivo serão atribuíveis ao Estado-Juiz (primeira etapa da análise), o fato de terem ocorrido violações à cronologia ao longo do procedimento também poderá ser um elemento a mais a ser considerado na segunda etapa da análise.

Outra questão importante de se observar é que, diferentemente do que ocorre em regra com a denegação de justiça em sentido estrito, não há necessidade de se observar o requisito do parágrafo único do artigo 133 do CPC para que se cogite da imputação da responsabilidade do Estado.

A função de tal dispositivo (que segue a lógica do instituto da *messa in mora* do direito italiano, previsto na *legge* 117/1988) é levar ao claro conhecimento do magistrado a potencialidade danosa que a inércia judicial poderia provocar. Tal exigência apenas faz sentido quando se fala em denegação de justiça em sentido estrito (quando pode ocorrer a iminente violação ou o perecimento de direitos específicos).

³⁹⁴ Sobre a prioridade de tramitação no processo administrativo, vide: NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 547-471.

Não cabe em relação à morosidade, em que se analisa o dano ínsito às excessivas delongas. Ora, o Poder Judiciário não precisa ser avisado, por exemplo, que a delonga de vinte anos para a conclusão de um processo sem grandes complexidades gera danos ao jurisdicionado.

5.3. Danos extraprocessuais ocasionados por omissões judiciais

Ao se refletir sobre as possíveis espécies de danos oriundos de atos e omissões judiciais, tende-se a imaginar diversas hipóteses de danos que o Estado-Juiz pode ocasionar aos bens e direito o objeto do litígio (ou, ao menos, direitos a eles ligados).

Todavia, é possível imaginar danos oriundos da atuação do Poder Judiciário que não estejam, sequer indiretamente, correlacionados a esses direitos em litígio. Um bom exemplo disso pode ser encontrado no âmbito da Justiça do Trabalho. Como se sabe, historicamente buscou-se combater no âmbito das relações trabalhistas as chamadas “listas negras”. Tratava-se de documentos que circulavam entre empresas com o viés de dar publicidade aos antigos empregados que judicializavam demandas contra empregadores, de maneira a estimular a não contratação futura desses trabalhadores e, conseqüentemente, inibir o ajuizamento de reclamações trabalhistas.

Modernamente, busca-se combater qualquer forma de publicidade desnecessária de demandas trabalhistas – mais precisamente do nome de reclamantes – de modo a evitar essa indevida inibição da busca, pelos trabalhadores, de seus direitos.

Nesse sentido, alguns autores sustentam a responsabilidade civil do Estado pelos danos provenientes da veiculação de dados nos sites de Tribunais.³⁹⁵

Mais do que isso, também é possível que, tanto no viés comissivo³⁹⁶ como omissivo, a conduta de juízes e servidores venham causar danos a terceiros alheios a qualquer relação processual. Portanto, embora seja comum imaginar a figura do jurisdicionado com vítima sempre que se discute a responsabilidade do Estado por condutas do Estado-Juiz, é importante se ter em mente que há a possibilidade de tais

³⁹⁵ Vide, por exemplo: PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Responsabilidade civil do Estado por danos provenientes de veiculação de dados nos sites dos tribunais, *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 29, n. 112, out./dez. 2003, p. 257-262.

³⁹⁶ Em um viés comissivo, João Sento Sé relata um caso que pode servir de exemplo. Trata-se de uma decisão de 1953 do Direito uruguaio em que o Estado fora obrigado a reparar os danos oriundos de um mandado judicial que determinou ilegalmente o sequestro de mercadorias por suspeita de contrabando (SÉ, Joao Sento. Responsabilidade civil do Estado-Juiz, *Revista de Direito Publico*, São Paulo, v. 20, n. 82, abr./jun. 1987, p. 133). Não é necessário sequer que a parte lesada integre determinada relação processual para que venha a sofrer danos oriundos de condutas judiciais.

danos atingirem cidadãos não ocupantes de nenhum lugar nos polos de determinado processo – seja cível, seja penal.

Nessa linha, Fabiano André de Souza Mendonça³⁹⁷ discorre que “[c]om relação a quem pode ser atingido por dano judicial; temos que poderá ser qualquer cidadão, mesmo que não abrangido na lide”.

A jurisprudência argentina possui um caso bastante ilustrativo de responsabilidade do Estado por dano extraprocessual, ocasionado por omissão judicial, envolvendo indivíduo sequer que sequer estava relacionado à um processo específico. Trata-se do caso “Beatriz Isabel de Gandía c. Provincia de Buenos Aires”.³⁹⁸

Nesse, a autora, advogada, ao se dirigir à fronteira do Uruguai para passar férias e aguardar a tramitação burocrática para cruzar a fronteira, acabou presa, permanecendo incomunicável, como presumida autora dos delitos de furto de veículo e tentativa de contrabando. Ocorre que, ao realizarem os controles correspondentes, as autoridades que resguardavam a fronteira se depararam com uma ordem judicial de sequestro de veículo derivada de uma denúncia de roubo do então proprietário Eugenio Lecko, originado de pedido da polícia da província de Buenos Aires ao juízo do departamento judicial de San Martín.

Ocorre que a denúncia era mais antiga e se comprovara que já havia sido efetuada a entrega definitiva do veículo ao então proprietário, havendo a autoridade judicial se omitido em comunicar o levantamento do pedido de sequestro às autoridades policiais. Referida omissão levou as autoridades que trabalhavam na fronteira a receber a errônea informação de que o veículo era roubado, levando à indevida prisão da advogada. Decidiu-se pela responsabilidade civil da província de Buenos Aires pela omissão processual que resultou dano à autora com a indevida prisão.

Na eventualidade de acontecer um caso semelhante a esse no Brasil, não há razões para se negar a responsabilidade do Estado.

Logo, as condutas oriundas do Poder Judiciário – o que pode abranger casos de omissão judicial – podem resultar em danos indenizáveis tanto a bens jurídicos

³⁹⁷ MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Responsabilidade civil do Estado por ato judicial inconstitucional, *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 46. n. 244, fev. 1998, p. 123.

³⁹⁸ Referido caso é relatado por: BARRAZA, Javier Indalecio. *Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la actividad judicial*. Buenos Aires, Republica Argentina: El Derecho, 2006, p. 60, e SALOMONI, Jorge Luis. La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de La UNAM [on line]*, p. 256. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/11.pdf>. Último acesso em 01 de novembro 2014.

completamente alheios aos bens e direitos relacionados aos processos instaurados, bem como a pessoas que sequer integram o polo de qualquer relação processual.

Aplica-se, nesses casos, normalmente o regime geral da responsabilidade do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição.

5.4. Manutenção indevida de condenado ou acusado preso por omissões judiciais

Conforme dispõe o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Como se sabe, existem em torno do dispositivo diversas controvérsias. Discute-se a extensão da expressão “erro judiciário”, o alcance da parte final do dispositivo, e mesmo se o dispositivo disciplinaria completamente o regime da responsabilidade do Estado por condutas do Poder Judiciário.³⁹⁹

A despeito disso, é possível afirmar que as hipóteses ali elencadas, são praticamente as únicas que, tanto doutrina como jurisprudência, são uníssonas em reconhecer a possibilidade de haver a responsabilidade do Estado.

Quando há o reconhecimento da inocência do cidadão por meio da revisão criminal, salvo raras exceções, é pacífico o entendimento de haver a possibilidade de se reconhecer o direito a uma justa indenização. Em relação às prisões processuais, a questão se mostra mais polêmica.⁴⁰⁰ Sem adentrar na discussão aprofundada em relação ao tema – que envolve mais a temática da responsabilidade por atos jurisdicionais – é possível afirmar que inexistem justificativas plausíveis que afastem aprioristicamente a possibilidade de se reconhecer a responsabilidade do Estado ao menos em situações como: a) a permanência de sentenciados cumprindo pena por tempo superior ao que foi condenado; b) manutenção de prisões preventivas mesmo após o trânsito em julgado de sentença absolutória; c) permanência em presídio comum após a absolvição com imposição de medida de segurança a ser cumprida em estabelecimento apropriado; dentre outras situações equivalentes.

³⁹⁹ Posição essa que, conforme demonstrado no segundo capítulo, não merece prosperar.

⁴⁰⁰ Nessa temática, discute-se se a legalidade ou a ilegalidade da prisão interfere na apuração da responsabilidade por prisões processuais (ou seja, se é a ilegalidade da prisão o fundamento adequado para haver a indenização), ou ainda se a posterior absolvição e o seu respectivo fundamento influenciariam nessa aferição (se a posterior absolvição, por si só, já geraria o direito à indenização, ou se o fundamento de tal absolvição seria relevante). Polêmicas a parte, aparentemente ao menos na hipótese de a prisão processual ter sido efetuada ilegalmente e o réu posteriormente absolvido na sentença (especialmente se não for fundada na insuficiência de provas), a tese da irresponsabilidade não tem qualquer campo fértil para se desenvolver.

Alias, quanto a manutenção de indivíduos presos por tempo superior à sentença transitada em julgado, a ineficiência estatal chega a ser vexatória quando se percebe a simultânea existência, de um lado, de diversos indivíduos que permanecem presos acima do tempo fixados em sentença transitada em julgado, e, de outro, de presídios com sérios problemas de superlotação – mazelas que propiciam inclusive a possibilidade de denúncia perante à Corte Interamericana de Direitos Humanos, como no caso do presídio central de Porto Alegre – e a justificativa de que o Estado não possui recursos para investir em estabelecimentos para o cumprimento de pena.

A ocorrência dessas hipóteses que ensejam a responsabilização do Estado pode decorrer tanto de condutas comissivas como omissivas atribuídas ao Estado, bem como por condutas atribuíveis ao Poder Judiciário ou à Administração Pública em geral (notadamente a Administração Penitenciária).

Conforme ressalta Flávia Hellmeister Clito Fornaciari,⁴⁰¹ quando se trata de execução penal, os danos ocasionados por excesso de cumprimento de pena ou o cumprimento em um regime mais gravoso podem decorrer tanto dos atos judiciais (notadamente do juiz da execução penal) como da própria administração penitenciária. Mesmo nesse último caso, é possível que o dano seja imputado conjuntamente com o Poder Judiciário, uma vez que é incumbência do magistrado não apenas a solução de incidentes da execução, mas também a fiscalização da execução penal. Assim, é perfeitamente possível que esses danos sejam imputados às omissões judiciais. Destaca ainda a autora que tal dano também poderá decorrer da própria lentidão de tramitação dos processos de execução penal.

Alias, importante o registro de que a própria lei de abuso de autoridade, prevê uma hipótese de crime típico da função judicial cometido pela via omissiva.

Art. 4º Constitui também abuso de autoridade:

(...)

d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;

Ora, se a conduta omissiva da autoridade judicial pode configurar crime, mais justificada ainda é a possibilidade de se reconhecer a responsabilidade do Estado em decorrência dessa omissão judicial.

⁴⁰¹ FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Dos atos jurisdicionais penais sujeitos à responsabilidade civil do Estado*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 182-185.

Constata-se, enfim, que a violação à liberdade de ir e vir do cidadão é modalidade grave de dano que pode ser ocasionada, dentre outras coisas, pela omissão judicial (não apreciação de pedidos, *non liquet*, morosidade, ausência de fiscalização judicial em âmbito da execução penal). Assim, há de se reconhecer a presente hipótese como uma das espécies de omissão judicial desencadeadoras da responsabilidade do Estado.

5.5. Extravio de autos

Primeiramente, cumpre esclarecer que autos não se confundem com o processo. Trata-se do conjunto de documentos (físicos ou eletrônicos) que exteriorizam os atos processuais. Eles documentam a existência do processo (instrumentam os atos processuais). Comparativamente, a título ilustrativo, os autos estão para o processo assim como a procuração está para o contrato de mandato.

Ocorre que, por qualquer motivo (desde fenômenos naturais, como incêndios ou alagamentos, deterioração por traças e cupins, descuido de serventuário que derruba líquido nos autos, perda decorrente de desorganização, destruição dolosa ou furto por agentes do Estado, partes ou terceiros, etc.), esses autos podem ser extraviados, o que prejudica o andamento do processo.

Evidentemente que a tendência é a diminuição cada vez maior da utilização de autos físicos, devido à evolução do processo eletrônico. Todavia, ainda nesses casos será possível ocorrer o extravio desses autos eletrônicos (por exemplo, por falhas sistêmicas, invasões de *hackers*, etc.).⁴⁰²

O CPC naturalmente prevê normas para que se busque a restauração dos autos. Possivelmente o principal ponto que o extravio dos autos pode prejudicar é em relação às provas produzidas. Por conta disso, o artigo 1.066 prevê um procedimento para repetir as provas produzidas.

Art. 1.066. Se o desaparecimento dos autos tiver ocorrido depois da produção das provas em audiência, o juiz mandará repeti-las.

§ 1o Serão reinquiridas as mesmas testemunhas; mas se estas tiverem falecido ou se acharem impossibilitadas de depor e não houver meio de comprovar de outra forma o depoimento, poderão ser substituídas.

⁴⁰² Interessante observar que o PLNCP praticamente manteve as mesmas normas a respeito da restauração dos autos, salvo pequenas adaptações. Dentre elas está justamente o reconhecimento tanto dos autos eletrônicos e quanto da possibilidade de eles serem extraviados.

§ 2o Não havendo certidão ou cópia do laudo, far-se-á nova perícia, sempre que for possível e de preferência pelo mesmo perito.

§ 3o Não havendo certidão de documentos, estes serão reconstituídos mediante cópias e, na falta, pelos meios ordinários de prova.

§ 4o Os serventuários e auxiliares da justiça não podem eximir-se de depor como testemunhas a respeito de atos que tenham praticado ou assistido.

§ 5o Se o juiz houver proferido sentença da qual possua cópia, esta será junta aos autos e terá a mesma autoridade da original.

Evidentemente, pode haver situações em que a restauração dos autos e a repetição das provas não seja possíveis. Tal fato pode naturalmente prejudicar o oferecimento da tutela jurisdicional e provocar danos a uma das partes (ou mesmo a ambas).

É possível, portanto, que ocorra uma espécie de dano diverso da denegação da justiça em sentido estrito. Não haverá o perecimento do direito em si, mas sim o perecimento da prova desse direito.

Por conta disso, o próprio CPC prevê um dispositivo determinado a responsabilidade civil e criminal dos responsáveis pelo extravio.

Art. 1.069. Quem houver dado causa ao desaparecimento dos autos responderá pelas custas da restauração e honorários de advogado, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal em que incorrer.

O extravio dos autos poderá, em diversas situações, ser imputado ao Estado. Seja pelo simples desaparecimento dos autos em meio à desorganização do cartório, seja pelo perecimento ter ocorrido por fato de serventuários ou demais agentes públicos (caso em que a cogitação da responsabilidade deverá, em decorrência do artigo 37, §6º, da Constituição, primeiramente recair sobre o Estado e depois, regressivamente, contra o agente na modalidade subjetiva), seja pelo dever geral de zelar pelos autos em seu poder (caso a Administração Judiciária não cumpra seu dever de cuidado com os autos). Nota-se que algumas dessas hipóteses são cometidas por meio de omissões do Judiciário.

Aparentemente, não seria possível atribuir ao Estado o extravio dos autos quando feito por um terceiro (parte contrária, respectivo procurador ou mesmo um cidadão que examine os autos em balcão), desde que fossem cumpridas todas as normas

legais e administrativas (dos tribunais) em relação ao zelo na guarda dos autos, bem como fosse identificado o responsável pelo extravio.

Caso seja atribuído ao Estado o extravio dos autos, poderão ocorrer, ao menos, as seguintes consequências:

- a) Para efeitos de aferição da morosidade judicial (item 5.2), o tempo perdido com o procedimento de restauração será atribuído ao Estado.
- b) Custos adicionais que os jurisdicionados tiver em relação à restituição dos autos (nova produção de provas, obtenção de documentos, etc.) deverão ser arcados pelo Estado (ainda que restituindo o particular).⁴⁰³
- c) Imputação à conduta estatal dos danos sofridos pelo jurisdicionado em relação à sua defesa e os direitos dela decorrentes.

Os prejuízos à defesa podem ficar claros no seguinte exemplo: o extravio dos autos de determinado processo ocasiona o sumiço de determinada prova produzida em benefício do autor, impossível de ser repetida, e essa supostamente é determinante para comprovação de seu direito. Tal extravio é imputado ao Estado, mas não a nenhuma das partes envolvidas no litígio. Com a continuação do processo, o autor não consegue obter êxito na demanda, não conseguindo comprovar o seu direito. Ao mesmo tempo em que o réu faz jus à manutenção da sentença (pois não é a ele imputado o extravio dos autos e, além disso, não se produziu prova hábil a comprovar o direito do autor),⁴⁰⁴ impõe-se a reparação dos danos suportados pelo autor.

O mesmo exemplo poderia ser usado em relação a uma prova extraviada em benefício do réu, quando há inversão do ônus da prova (como em demandas relacionadas ao direito do consumidor).

Alias, tem-se nesse caso hipotético, mais um exemplo de que a coisa julgada (em favor do réu) em absolutamente nada justifica o afastamento da responsabilidade do Estado e, tampouco, a prévia desconstituição da sentença transitada em julgado deva ser considerado um requisito da responsabilidade. Ora, o réu faz jus ao benefício da coisa julgada. Não se sabe se a prova extraviada de fato comprovaria o direito do autor. Do

⁴⁰³ Nesse sentido, entende-se que a norma, aplicável ao presente caso, contida no artigo 29 do CPC (“As despesas dos atos, que forem adiados ou tiverem de repetir-se, ficarão a cargo da parte, do serventuário, do órgão do Ministério Público ou do juiz que, sem justo motivo, houver dado causa ao adiamento ou à repetição”) deverá ser interpretada em consonância com o artigo 37, §6º, da CF, sobretudo se o agente responsável não arcar espontaneamente com as despesas (podendo o particular acionar o Estado).

⁴⁰⁴ Poderia ser discutida, eventualmente, alguma violação pelo réu do dever de cooperação para o bom andamento do processo se constatado que ele teria como colaborar para a restauração dos autos e não o fez.

mesmo modo, não se pode simplesmente ignorar o direito do autor nesse caso. Cabe, assim, a responsabilidade do Estado.

Último ponto a ser analisado é o seguinte: a reparação do dano sofrido pelo autor no exemplo acima, deverá considerar as vantagens que ele teria com o êxito da demanda? Ou deverão ser consideradas as chances de êxito do autor na demanda?

Não parece adequado utilizar o instituto da responsabilidade pela perda de uma chance nesse caso. Se o autor poderia fazer jus a determinados direitos com o julgamento do processo com as provas extraviadas, não seria plausível conferir a ele apenas parte desses direitos.

Parece mais adequada a análise, quando da responsabilização do Estado, do que a prova pretendia comprovar e presumir tais supostos fatos como verdadeiros. A partir daí, verifica-se se o autor faria jus ao direito alegado. Deve o lesado, assim, informar quando a tentativa de responsabilização do Estado qual era a prova extraviada, qual era o seu conteúdo e o que ela pretendia comprovar. A partir daí, poderá o Estado se defender alegando, por exemplo, a inexistência da prova de acordo com o que fora alegado pelo autor,⁴⁰⁵ argumentar que o fato presumido como verdadeiro não teria o condão de comprovar o direito alegado, ou, de alguma outra forma, tentar ilidir a presunção de veracidade do fato supostamente verdadeiro.

5.6. Falta de motivação dos atos judiciais

Conforme aponta Rosimeire Ventura Leite, integra o conteúdo do direito à tutela jurisdicional efetiva a garantia de que as decisões judiciais sejam fundamentadas, de acordo com as normas jurídicas.⁴⁰⁶

Marcelo Sampaio Siqueira⁴⁰⁷ ressalta a essencialidade dos princípios da motivação e da fundamentação inclusive como mecanismo de evitar abusos e permitir a transparência das decisões judiciais. Ressalta a importância que esses princípios apresentam inclusive para identificação do erro judicial, apuração dos danos advindos dessa falha e a responsabilidade do Estado. É com a motivação que as razões do

⁴⁰⁵ Alegando o autor o extravio de determinada certidão expedida pelo INMETRO, por exemplo, poderia o Estado averiguar perante a autarquia se há registros de tal documento ou mesmo se ela emite documentos daquele teor.

⁴⁰⁶ Nesse sentido: LEITE, Rosimeire Ventura. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 28.

⁴⁰⁷ SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Responsabilidade do Estado: erro judicial praticado em ação civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 103-110.

convencimento do magistrado são explicitadas – ou seja, os motivos de determinado posicionamento são exteriorizados.

Ressalta ainda que a falta de motivação ou fundamentação pode acobertar o cometimento de um erro judicial, que pode ensejar inclusive a responsabilidade do Estado (pela via comissiva).

Chamando atenção para a importância de distinguir esses princípios, aponta que a motivação “consiste nos argumentos desenvolvidos pelo julgador para justificar a decisão”.⁴⁰⁸ É por meio dela que as pessoas conhecem as razões do julgador, permitindo inclusive o controle democrático sobre a atividade jurisdicional, evitando-se decisões arbitrárias e erradas.

Já a fundamentação representa a sujeição do juiz ao ordenamento jurídico como um todo. É a obrigação de o julgador lastrear a sua decisão na lei (em sentido amplo, evidentemente), exteriorizando a norma aplicada para a solução da lide. Evita-se, assim, o subjetivismo judicial e as decisões baseadas no arbítrio do juiz.

Conforme Marcelo Sampaio Siqueira⁴⁰⁹ a sentença, além dos demais requisitos impostos pelo CPC, deverá conter “a motivação, que são as conclusões emanadas pelo julgador para justificar a decisão, e a fundamentação, sujeição do juiz ao ordenamento jurídico como um todo”.⁴¹⁰

Com a devida vênia, a motivação, em verdade, não constitui propriamente os argumentos ou conclusões da decisão. Consiste na obrigatória tarefa de que o julgador *exteriorize* as razões de seu decidir, demonstrando concretamente o desenvolvimento do raciocínio no plano fático e jurídico que levaram à conclusão.⁴¹¹

Embora tratando dos atos e do processo administrativo, Nohara e Marrara⁴¹² chamam a atenção para a necessidade de não se confundir a motivação com o motivo. Motivação é o ato ou efeito de motivar, ou seja, de justificar um ato ou medida tomada. É a explicitação dos fatos e fundamentos jurídicos para a tomada de determinada

⁴⁰⁸ SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Responsabilidade do Estado: erro judicial praticado em ação civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 105.

⁴⁰⁹ SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Responsabilidade do Estado: erro judicial praticado em ação civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 103-110.

⁴¹⁰ SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Responsabilidade do Estado: erro judicial praticado em ação civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 103-110.

⁴¹¹ Nesse sentido: TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 17-18.

⁴¹² NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 48-51 e 317-318.

decisão. Motivo, por sua vez, é o pressuposto fático e jurídico que autoriza a edição do ato.

Em âmbito do processo jurisdicional, a lógica é semelhante. A tomada de uma decisão deve conter um respaldo nos pressupostos fáticos da causa e bem como nos fundamentos jurídicos que se respaldou o juiz ao tomar uma decisão. Naturalmente, a decisão judicial não pode ser arbitrária. Deve, portanto, estar respaldada nesses pressupostos. Todavia, não basta apenas que a decisão tenha esse respaldo. Deve haver a exteriorização de como, a partir das circunstâncias fáticas do caso concreto, o magistrado chegou a decisão, respaldada em fundamentos jurídicos. É justamente essa uma das imposições trazidas no artigo 93, inciso IX, da CF.⁴¹³ A fundamentação, portanto, exige que seja externado na decisão, dentre outras coisas, os seus fundamentos.

Quanto à suficiência da motivação, é fundamental esclarecer que em determinados casos pode ser possível haver uma sentença suficientemente fundamentada, mas desde que, a partir do que foi exposto, possa se compreender perfeitamente os motivos da decisão (inclusive os pressupostos de fato e de direito, e as razões que levaram, a partir desses, a tomada da conclusão).

O PLNCPC prevê importante dispositivo (sem correspondente no código vigente) que auxilia a verificar quando determinada decisão não poderá ser considerada motivada. Trata-se do artigo 499, sobretudo em seu §1º:

Art. 499. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

⁴¹³ Não se vislumbra aqui a diferença entre motivação e fundamentação apresentada por Siqueira. A Constituição e o CPC (vigente e o PLNCPC) adotam a expressão fundamentação em sentido similar à motivação. Mais relevante a distinção entre fundamentos e motivos de fundamentação e motivação.

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

Ainda de acordo com o projeto, a decisão que incida em qualquer dessas hipóteses previstas nos incisos do §1º é considerada omissa para fins de interposição de embargos de declaração (artigo 1.035, parágrafo único, inciso II).

As razões da decisão e os seus motivos (ao menos nos termos colocados por Siqueira) podem ser mais associadas ao tema da responsabilidade do Estado por ato jurisdicional e/ou pelo erro judiciário. Já a motivação, mais precisamente a sua ausência, pode estar ligada à responsabilidade por omissão judicial.

A ausência de motivação das decisões judiciais é uma omissão judicial grave que indica a má prestação da jurisdição e, caso se verifique danos ao jurisdicionado que possam ser imputados ao tal omissão estatal, haverá a possibilidade de se cogitar a responsabilidade do Estado.

A falta de motivação pode resultar na anulação de decisões judiciais. Isso naturalmente pode, em algumas situações, provocar indevidas delongas, atribuíveis ao Estado-Juiz, no julgamento do processo.⁴¹⁴ Para efeitos de aferição da morosidade, esse período de tempo poderá, portanto, ser atribuído ao Estado-Juiz.

Quanto à violação dos direitos envolvidos no processo ou demais direitos, também é possível cogitar de danos imputáveis à esse tipo de omissão judicial, embora

⁴¹⁴ Embora em algumas situações seja possível contornar esse problema. O artigo 1.026, §1º, inciso IV do PLNCPC prevê, por exemplo, no caso de sentença anulada por falta de fundamentação, a possibilidade de o Tribunal, quando a causa estiver em condições de imediato julgamento, decidir desde logo o mérito.

reconhece-se que em diversas situações, a comprovação de todos os requisitos da responsabilidade possa ser tarefa bastante difícil.

Quanto ao requisito da imputação, há de se levar em conta a possibilidade de a parte e seu procurador adotar mecanismos de suprir tais essas falhas (por exemplo, por meio de embargos de declaração ou mesmo recursos às instâncias superiores). Em muitas circunstâncias, a exigência da atuação prudente do advogado poderia perfeitamente impedir a possibilidade de se imputar os prejuízos ao Estado.

Todavia, conforme já se abordou no item 5.1, da mesma maneira que na denegação (parcial) de justiça em sentido estrito, não seria possível levar ao extremo tal exigência de exaurir os meios processuais postos a disposição. Além disso, um processo recheado de decisões carentes de motivação (ou de motivação suficiente) pode trazer sérios empecilhos ao acesso à tutela jurisdicional ou mesmo ao direito de defesa da parte.

Igualmente poderá haver, na prática, bastantes dificuldades para se comprovar que o prejuízo suportado pela parte tenha assumido todas as características que o elevariam à condição de dano passível de indenização, embora ele possa se configurar.

Assim, embora se trate de espécie que necessite se correlacionar com outras (notadamente a denegação e a morosidade) para se cogitar da responsabilidade estatal, há de se reconhecer que a falta de motivação das decisões judiciais é um tipo de omissão judicial a ser considerada na análise da presente temática.

5.7. Omissões no âmbito das tutelas antecipadas no processo civil

Os institutos relacionados à atividade cautelar no processo civil, bem como o instituto da antecipação dos efeitos da tutela (consagrado no CPC, no artigo 273, vigente por meio da Lei 8.942/94), são mecanismos processuais que sempre geraram inúmeras controvérsias tanto em âmbito doutrinário quanto jurisprudencial.

Além dos debates em torno de suas respectivas naturezas e requisitos, a própria proximidade das situações concretas em que é possível o jurisdicionado recorrer a essas formas de tutela gerou, muitas vezes, confusões na prática. Muitos pedidos de natureza cautelar eram feitos a título de antecipação dos efeitos da tutela, assim como se postulava a antecipação do pleito principal, com fundamento na urgência, a título cautelar (emergindo-se discussões a respeito da possibilidade de haver “cautelares satisfativas”). Tal confusão motivou inclusive a inserção do §7º no artigo 273 do CPC (por meio da Lei 10.444/02) vigente consagrando a fungibilidade entre o pedido

formulado a título de tutela antecipada, mas que em verdade requer provimento de natureza cautelar.

Naturalmente não será prestigiada aqui uma análise da natureza desses institutos (seja em relação ao CPC vigente, seja em relação ao PLNCPC), tampouco de seus requisitos. Sem prejuízo disso, adotar-se-á como ponto de partida a lógica apresentada pelo referido projeto de lei, uma vez que sistematiza de maneira mais organizada a matéria.

Conforme o PLNCPC, a tutela antecipada será regulamentada da seguinte maneira:

Art. 295. A tutela antecipada, de natureza satisfativa ou cautelar, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Parágrafo único. A tutela antecipada pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

A tutela antecipada (regulamentada no Livro V da Parte Geral do Projeto), assim, será considerada um instituto gênero que poderá: a) ter por *fundamento* a urgência ou a evidência; b) possuir *natureza* satisfativa ou cautelar; e c) quanto ao *momento*, ser concedida em caráter antecedente ou incidental ao processo principal.

Poderá ser concedida a tutela de urgência quando verificados elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional (art. 301, *caput*, PLNCPC). Ela poderá ter natureza satisfativa ou cautelar.

A primeira terá vez quando visar antecipar ao autor, ainda que parcialmente, os efeitos da tutela principal pretendida. Tendo por fundamento a urgência, a tutela antecipada satisfativa é adequada para as situações em que os riscos a determinados bens jurídicos envolvidos no litígio apenas puderem ser afastados com base, em alguns casos, simplesmente no deferimento da tutela principal ou, em outros, no deferimento seguido da satisfação dessa tutela. É o caso, por exemplo, de o autor que move uma ação visando a obtenção de determinados remédios (o risco à vida do sujeito apenas é afastado com a entrega do remédio, que consiste justamente na tutela principal pleiteada).

Já a tutela antecipada cautelar é concedida visando a adoção de medidas que busquem afastar os riscos aos bens jurídicos envolvidos e assegurar o resultado útil ao processo. Não visa, assim, satisfazer o pedido principal, mas assegurar o resultado do útil de um eventual deferimento dele (ou mesmo assegurar a produção de uma prova, no caso das cautelares probatórias, que, de qualquer maneira, tem por finalidade). Além da

das medidas cautelares previstas no ordenamento (cautelares típicas ou nominadas, previstas no vigente CPC entre os artigos 813 e 889), é possível a adoção de medidas não previstas especificamente no ordenamento (cautelares atípicas ou inominadas) cuja edição tem fundamento nos artigos 798 e 799 do CPC vigente, bem como no poder geral de cautela do magistrado. O PLNCPC igualmente consagra essa possibilidade (artigos 298 e 301, §3º).

Assim, aparentemente, não haverá maiores discussões a respeito da existência da “cautelar satisfativa” (pois são classificações da natureza do pleito incompatíveis de acordo com a sistemática). Igualmente restará consagrada a noção de que a urgência pode fundamentar a antecipação do pedido principal (tutela antecipada de urgência satisfativa) ou mesmo a adoção de medidas tendentes a resguardar (tutela antecipada de urgência cautelar).

Quanto à tutela de evidência, também modalidade de tutela antecipada, o PLNCPC dispõe o seguinte:

Art. 306. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo da demora da prestação da tutela jurisdicional, quando:

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

Parágrafo único. A decisão baseada nos incisos II e III deste artigo pode ser proferida liminarmente.

A hipótese do inciso I liga-se mais a uma questão punitiva do que propriamente de evidência do direito. Embora, em alguns casos, a conduta protelatória do réu possa ser motivada pela alta probabilidade dele ser condenado, não parece que esse fato, por si só, seja suficiente para se afirmar que tal hipótese está fundada nesse alto grau de probabilidade (talvez fosse até mais adequado denominá-la de tutela antecipada punitiva do que de evidência). Tal hipótese já é consagrada no CPC vigente (artigo 273, inciso II).

Já as hipóteses dos incisos II e III ligam-se mais propriamente à questão da alta probabilidade do direito (há previsão nesse sentido no §6º do artigo 273 do CPC vigente). Podem, inclusive, serem proferidas liminarmente.

Feito esse breve apanhado, é possível vislumbra, no âmbito das tutelas antecipadas, ao menos três modalidades de condutas a partir das quais é possível se discutir a responsabilidade do Estado:

- a) Responsabilidade do Estado pelo teor da decisão no âmbito dessas medidas.
- b) Violação à duração razoável do processo, em face da possibilidade de o magistrado oferecer a tutela de evidência punitiva (hipótese do inciso I).
- c) Omissões no âmbito da tutela de urgência.

A primeira hipótese foge um pouco da questão da responsabilidade por omissão judicial. Trata-se de campo mais próximo da responsabilidade do Estado por condutas comissivas do Poder Judiciário, notadamente da responsabilidade por atos jurisdicionais e do erro judiciário.

Rita de Cássia Zuffo Gregório,⁴¹⁵ discorrendo sobre a responsabilidade do Estado decorrente de medidas de urgência, o faz no espaço de seu trabalho reservado ao erro judicial. Aponta a autora que o dano pode decorrer tanto da concessão quanto da denegação de tais medidas provisórias. Tais hipóteses ocorreriam quando, embora presentes os pressupostos processuais para a concessão da medida, deixa o juiz de deferi-las, ou quando a medida é concedida ainda que ausentes os pressupostos que a autorizariam.

A autora igualmente vislumbra a possibilidade de, no âmbito das medidas de urgência, haver a responsabilidade do Estado também por condutas de natureza omissiva.

“Logo, em relação a essas medidas de urgência, haverá falha do serviço judiciário nas hipóteses em que: a) embora ausentes os requisitos, o juiz concede a medida pleiteada; b) mesmo presentes os requisitos, o juiz não concede a medida, e ao final a tutela é favorável, mas inócua; c) o juiz se omite quanto à análise e ao deferimento ou não da medida. Assim, em todos esses casos existe a possibilidade de ocorrência de danos ao jurisdicionado, seja em razão do erro na prestação da tutela jurisdicional, seja em razão da denegação da justiça”.⁴¹⁶

A questão do erro judiciário é bastante relevante, sobretudo, em relação à tutela de evidência com fundamento no alto grau de probabilidade do direito. A antecipação

⁴¹⁵ GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. *A responsabilidade civil do Estado-Juiz*. São Paulo: Tese (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 129.

⁴¹⁶ GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. *A responsabilidade civil do Estado-Juiz*. São Paulo: Tese (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 130.

de tutela, possuindo natureza satisfativa, que tiver por fundamento a evidência (incisos II e III) é um campo fértil para que, ocorrendo erro judiciário, possam resultar danos.

A segunda conduta apontada (potenciais violações à razoável duração devido ao indeferimento do pedido de tutela de evidência punitiva), ela ganha relevância quando se discute a questão não adoção de medidas para a boa fluência do processo pelo juiz – discussão pertinente ao item subsequente.

O ponto que naturalmente ganha mais relevância no presente item refere-se à terceira conduta acima elencada. Nesse campo, é possível imaginar, ao menos, duas hipóteses de danos pela omissão no âmbito das medidas de urgência:

c.1) a simples não apreciação tempestiva do pedido a respeito da medida de urgência; e
c.2) a não adoção de medidas suficientes (pelo magistrado ou mesmo demais agentes) para resguardar o resultado útil do processo para as partes.

Caso não haja apreciação tempestiva de pedido relacionado à tutela de urgência, será aplicado regime da denegação de justiça em sentido estrito abordado no item 5.1. Ademais, considerando que a conduta da parte e do advogado, conforme defendido anteriormente, em muitas das vezes se mostra fundamental para que haja a imputação do dano à omissão estatal, é possível afirmar que a grande maioria dos casos de danos oriundos da denegação de justiça em sentido estrito no processo civil envolve a formulação de pedidos de tutela antecipada de urgência.

Caso o PLNCPC seja aprovado com a positivação da obrigação de os órgãos jurisdicionais respeitarem a ordem de conclusão para proferir decisão, inclusive a formação de lista especial para os casos de urgência (artigo 12, §2º, inciso IX cc §3º), tal aspecto poderá ganhar relevância na análise da questão. A violação, por exemplo, da ordem cronológica de apreciação da questão urgente que resulte no perecimento do direito pleiteado pode gerar a responsabilidade do Estado. Igualmente, o indeferimento desmotivado do reconhecimento do pleito como urgente (ou mesmo o indeferimento motivado quando manifestamente a questão tinha urgência)⁴¹⁷ pode resultar na responsabilização.

⁴¹⁷ Embora, no item 4.1, sustentou-se que a omissão judicial não possui, em regra, caráter jurisdicional, em alguns casos excepcionais não é muito clara a distinção entre a conduta omissiva do Estado-Juiz e a prática de atos (comissivos) de natureza jurisdicional. No indeferimento motivado do reconhecimento da urgência do pleito quando manifestamente ela estava presente, por exemplo, não se pode reconhecer com precisão se é campo próprio da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais (ou por erro judiciário) ou por omissão judicial. Aparentemente é mais adequado encarar a situação como omissão, pois, para o jurisdicionado, o resultado é a não apreciação do pedido urgente pelo magistrado. De qualquer maneira, como já foi comprovada a possibilidade de haver responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, assunção da posição de que se trata de modalidade comissiva de conduta parece não interferir na

Cumpra, todavia, registrar duas críticas ao projeto de lei (caso aprovado na redação aqui exposta). Primeiramente, não parece salutar que o *caput* do artigo 12 estabeleça a obrigatoriedade de observância da ordem cronológica para proferir “sentença ou acórdão”, vez que os provimentos antecipados normalmente são apreciados por meio de decisão interlocutória. Ainda que seja possível argumentar que, de acordo com a sistemática do dispositivo, a lista especial dos provimentos urgente possa ser feita para decisões interlocutórias, a redação dá margem para se argumentar que a obrigatoriedade da lista não inclui tais atos.

A outra crítica é no sentido de que, embora seja extremamente salutar a prolação de decisões judiciais de acordo com a ordem de conclusão, isso não afastaria a possibilidade de que o pedido urgente fosse levado à conclusão com o respeito à ordem de protocolo. Ou seja, a obrigatoriedade de respeito à cronologia direcionada aos serventuários, e as indevidas delongas decorrentes do lapso de tempo entre a formulação do pedido e a levada deste à conclusão poderá, igualmente, resultar na denegação de justiça.

A não adoção de medidas suficientes para resguardar o resultado útil do processo para as partes poderá igualmente resultar em perecimento e violações de direitos, resultando em denegação de justiça.

Na perspectiva do eventual sucumbente em relação ao deferimento do pedido de tutela antecipada de urgência (o réu, notadamente), existe disposição expressa no CPC (tanto no vigente como no projeto de lei) que impede o seu deferimento no caso de haver risco de irreversibilidade dos efeitos.

Art. 302. A tutela antecipada de urgência não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Pouco importando se for de natureza cautelar ou satisfativa, existe a possibilidade a concessão da tutela antecipada de urgência traga prejuízos irreparáveis. Todavia, o risco da irreversibilidade é mais usual nos casos da tutela satisfativa. Se o magistrado deferir a tutela antecipada em completo desrespeito a tal mandamento, seria, em princípio, cogitar da responsabilidade do Estado por tais prejuízos sob o argumento de não ter tomado as precauções legais para resguardar a preservação dos direitos da parte. Todavia, há de ponderar algumas questões.

conclusão: a possibilidade de o cidadão receber a indenização, caso comprovados os requisitos (dentre os quais não se inclui a comprovação da culpa).

Primeiramente, é evidente que apenas será possível cogitar da responsabilidade no caso de posterior constatação de que a parte beneficiada pela tutela antecipada, quando do trânsito em julgado da decisão final, não faria jus ao provimento judicial.

Em segundo lugar, há de se considerar o caráter subsidiário dessa eventual responsabilidade do Estado em relação à responsabilidade da parte beneficiada com a medida. Isso porque, ainda que não tenha observado o mandamento legal, o magistrado deferiu a medida em favor do postulante, efetivamente oferecendo a tutela jurisdicional pleiteada.⁴¹⁸ Ora, embora a irreversibilidade fática da tutela antecipada possa existir, a parte prejudicada com o deferimento sempre poderia se voltar à parte contrária para pleitear a reparação do direito com perdas e danos. Todavia, sob pena de tornar letra morta tal dispositivo e o Estado-Juiz simplesmente ignorar a norma ali contida sem qualquer consequência, há de se reconhecer a responsabilidade do Estado por tal violação em caráter subsidiário em relação à parte contrária.

Enfim, também não será possível cogitar da responsabilidade quando o magistrado se deparar com a seguinte situação: embora a irreversibilidade dos efeitos da medida seja latente (inclusive por eventual insuficiência patrimonial do potencial beneficiado da medida), pode ocorrer que a demanda envolva direito fundamental indisponível do autor.

Trata-se de situação limite que alguns denominam de “recíproca irreversibilidade”.⁴¹⁹ Nela, dada a importância do direito em jogo, é possível o magistrado motivadamente afastar a vedação legal em benefício de um direito fundamental maior de ordem constitucional (normalmente de natureza indisponível, como o direito à vida, à saúde ou a integridade física). É o caso clássico do cliente de seguradora de saúde hipossuficiente (sem condições, portanto, de caucionar as despesas da seguradora para o caso restar vencido ao final do processo) que pleiteia, em tutela antecipada fundada na urgência, o custeio de intervenção cirúrgica vital que, com base em uma análise perfunctória,⁴²⁰ teria ele direito.

⁴¹⁸ Diferentemente é a situação relatada no item 5.1, em que o Estado poderia ser responsabilizado independentemente da responsabilidade de terceiro (com eventual ação regressiva em face desse, com fundamento no direito civil). Naquela situação, por consequência da denegação de justiça em sentido estrito (periclitamento do direito pela simples não apreciação de pedido urgente), poderia o lesado se voltar contra o Estado. Já no caso ora relatado, como o Estado agiu em benefício de uma das partes (oferecendo a prestação jurisdicional), aparentemente é natural que a parte prejudicada busque a indenização dos prejuízos primeiramente em face da parte contrária, que se beneficiou da medida.

⁴¹⁹ Nesse sentido: CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 87.

⁴²⁰ Mesmo nesses casos, a análise dos requisitos legais para concessão da medida (probabilidade do direito e o perigo na demora) deve ser observada.

Nesse caso sim o Estado-Juiz seria alçado à condição de segurador universal do dano, pois estaria acuado em uma situação de poder ser responsabilizado, de um lado, pelo erro judiciário que resultou na morte do demandante, e, de outro, pela omissão em resguardar o *status quo* ante do réu.⁴²¹ Reconhecer a irresponsabilidade nesses casos parece sim decorrer da necessidade de se resguardar a independência e o livre convencimento dos magistrados. Menos ainda é cabível a responsabilização pessoal do magistrado nesses casos. Se prejuízo disso, a parte prejudicada poderá pleitear a indenização em face da parte beneficiada.

No caso da tutela cautelar, há previsão expressa da responsabilidade civil da parte beneficiada pelos danos causados à outra parte. Trata-se do artigo 811 do CPC vigente, com previsão semelhante no artigo 303 do PLNCPC.

Art. 303. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela antecipada cautelar causar à parte adversa, se:

I – a sentença lhe for desfavorável;

II – obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de cinco dias;

III – ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV – o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Em relação ao indeferimento motivado do pleito da tutela antecipada de urgência (satisfativa ou cautelar), tem-se aí um campo próprio da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais e da responsabilidade por erro judiciário. Sem prejuízo disso, caso o magistrado se depare com possíveis medidas que não tragam prejuízo para qualquer das partes e igualmente assegure o resultado útil do processo independentemente de quem lograr êxito quando do resultado final, deve adotá-las. Caso contrário, ignorando o magistrado a adoção dessas medidas imotivadamente, poderá se cogitar da responsabilidade do Estado pela via omissiva.

5.8. Não adoção de medidas para a boa fluência processual

A não adoção de medidas para a boa fluência processual não constitui precisamente uma espécie autônoma de omissão judicial que gera a responsabilidade do

⁴²¹ Tem-se aí outro exemplo em que não é muito nítida a fronteira entre o campo das condutas comissivas e omissivas do Estado-Juiz.

Estado. É, em verdade, uma forma pela qual outras espécies podem ser verificadas (por exemplo, a denegação de justiça em sentido estrito e, principalmente, a morosidade judicial).

Como se sabe, compete ao magistrado presidir e dirigir o processo. Para tal, dispõe o magistrado de diversas prerrogativas e possui, correspondentemente, uma série de responsabilidades em tal condução. Tais poderes estão previstos principalmente no artigo 125 do CPC traz um rol de poderes de direção do magistrado. O PLNCPC, em artigo equivalente (art. 139), elenca um rol maior de poderes aos magistrados na direção do processo.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I – assegurar às partes igualdade de tratamento;

II – velar pela duração razoável do processo;

III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV – determinar, de ofício ou a requerimento, todas as medidas coercitivas ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão judicial e a obtenção da tutela do direito;

V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII – exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII – determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem os arts. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Parágrafo único. A dilação de prazo prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

Como se pode ver, muitos desses poderes dos magistrados estão associados à tutela da celeridade processual. Além da obrigação de zelar pelo princípio duração

razoável, dispõe o juiz de prerrogativas que o possibilita coibir os atos protelatórios das partes ou mesmo adotar medidas, sob o enfoque da celeridade, em relação a alguns atos de demais sujeitos que atuem ou colaborem com a condução do processo. Além disso, o CPC (tanto o vigente, como o projeto de lei em andamento) prevê mecanismos sancionatório às partes que litiguem da má-fé ou exerçam medidas protelatórias.

Uma vez dispondo de tais prerrogativas, deve o magistrado utilizá-las para evitar indevidas e abusivas delongas no processo. Caso contrário, essas poderão ser atribuídas ao Estado-Juiz.

Nessa linha, Augusto do Amaral Dergint compreende que o não desempenho pelo juiz de seu papel de direção do processo configura omissão passível de ser compreendida como denegação de justiça. Segundo o autor:

“[t]oda omissão do juiz em bem desempenhar seu papel de direção do processo e, principalmente, em julgar (dever que não pode se esquivar), e tudo dentro do lapso temporal legalmente estabelecido ou de efetiva necessidade das partes, implica em não-prestação da tutela jurisdicional, isto é, em denegação de justiça.”⁴²²

Naturalmente, o autor se utilizou da expressão “denegação de justiça” em sentido mais amplo do que o adotado no item 5.1, supra.

Em relação à necessidade de zelar pelas condutas dos auxiliares da justiça,⁴²³ interessante o registro ao já mencionado caso *Capuano*. Quando do julgamento, Tribunal Europeu levou em consideração o fato de o magistrado não ter adotado medidas para que o perito zelasse pela observância aos prazos a ele impostos, ou mesmo de substituí-lo quando do não cumprimento. Por conta disso, atribuiu-se ao Estado-Juiz essas indevidas delongas.

A obrigação de zelar pelo bom andamento do processo igualmente subsiste em face de terceiros intervenientes no processo (o que, segundo o PLNCPC incluirá o *amicus curiae*), bem como do Ministério Público. Quanto a esse último, deve o juiz adotar medidas quando o atua como parte, evidentemente, mas também quando participa do processo na condição de *custus legis*. Se o representante do *parquet* não cumpre seus prazos para proferir um parecer, por exemplo, e ainda retém os autos em

⁴²² DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 189.

⁴²³ O que, segundo o artigo 149 do PLNCPC, inclui as seguintes figuras: o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

seu poder, deve o magistrado adotar as medidas necessárias para evitar indevidas delongas.

Além disso, possivelmente o aspecto mais importante dessa espécie de omissão, é a necessidade de os magistrados adotarem medidas para coibir atos protelatórios e tendentes a atrapalhar o bom e célere andamento da lide. Se por um lado, é dever das partes colaborar⁴²⁴ para a boa solução e andamento do processo, por outro, não pode o magistrado contar apenas com a boa vontade de cada um dos litigantes para que isso ocorra. Não pode o magistrado assistir inerte a uma das partes, em prejuízo da outra, praticar atos protelatórios e deliberadamente para atrapalhar o bom andamento da lide, sob pena de ser conivente com tal conduta.

Vera Jucovsky,⁴²⁵ relata um caso do direito português (acórdão da 2ª Subsecção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo-STA, de 07.03.1989, autos do processo n. 26.525, Relator Conselheiro Antonio Samagaio), no qual se decidiu – com base inclusive, na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direito Humanos – que, não obstante as partes devam colaborar para o bom andamento do processo, tal obrigação não tem o condão de afastar a obrigação dos juízes de garantirem a celeridade processual.

A adoção dessas medidas de repressão às condutas de uma das partes abusivas e tendentes a prejudicar a celeridade processual insere-se na espécie de instrumentos de combate à morosidade denominado por José Rogério Cruz e Tucci de “mecanismos endoprocessuais de repressão à chicana”.⁴²⁶ É a repressão às manobras insidiosas, tendentes a atrasar a prestação da tutela jurisdicional.

Naturalmente, compete ao juiz averiguar, de acordo com suas convicções, se de fato houve, no caso concreto, o comportamento desleal da parte contrária. Mais do que isso, deve o magistrado analisar os potenciais comportamentos protelatórios das partes não se esquecendo dos direitos processuais delas relativos ao devido processo legal, notadamente o contraditório e a ampla defesa.

⁴²⁴ No atual Código de Processo Civil prevê esse dever de cooperação em uma série de dispositivos. Dentre eles, o artigo 14 (sobretudo o inciso IV); artigo 17 (sobretudo os incisos I, e IV a VII); artigo 339, etc. O PLNCPC foi mais além: previu em seu artigo 6º, como uma norma fundamental do processo civil, o seguinte: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

⁴²⁵ JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional: Brasil-Portugal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 14.

⁴²⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 123-125.

Não é fácil identificar quando a conduta da parte é procrastinatória e dotada de má-fé. Tal comportamento desidioso não pode ser puramente presumido. Todavia, não se pode negligenciar a adoção de tais medidas quando manifestamente cabíveis.⁴²⁷

Em relação à tutela antecipada de evidência (artigo 273, inciso II, do CPC vigente, e artigo 306, inciso I, do PLNCPC) mencionada no item anterior, cumpre tecer alguns esclarecimentos. Sem a intenção de adentrar na distinção entre o “abuso do direito de defesa” e o “manifesto propósito protelatório”,⁴²⁸ é possível questionar o seguinte: o indeferimento do pleito do autor no sentido de antecipar a tutela com base nesse fundamento pode ser considerado omissão judicial na modalidade ora abordada?

No caso da demora do Estado-Juiz para apreciar um pedido formulado nesse sentido, aparentemente é tranquilo atribuir ao Estado tal delonga. Já o simples indeferimento motivado do pleito por não se vislumbrar o preenchimento dos requisitos necessários ao deferimento da medida, por óbvio, não poderia configurar omissão em se adotar medidas para o célere oferecimento da tutela jurisdicional. Todavia, em uma situação mais extrema e excepcional, tal indeferimento poderá ser levado em conta na análise da atribuição da morosidade ao Estado-Juiz. Seria o caso de um processo excessivamente moroso, em que o réu manifestamente adotou condutas protelatórias ao longo de seu *iter*, e, mesmo o réu visivelmente preenchendo os requisitos para a concessão da medida, Poder Judiciário (juiz de primeiro grau e o Tribunal em sede recursal), sem justificativa plausível, indeferiu tais medidas beneficiando a conduta do réu.⁴²⁹

Enfim, no que tange à imputação, tem-se que a conivência com a adoção de medidas protelatórias da parte contrária ou por qualquer outro ator processual acaba por possibilitar a atribuição do lapso temporal da indevida delonga ao Estado-Juiz. Tal fato poderá ter efeito na aferição da morosidade (influindo, sobretudo, na “primeira etapa” do modelo analítico proposto no item 5.2), e, excepcionalmente, se os atos manifestamente protelatórios pelo quais o Estado-Juiz foi notadamente conivente

⁴²⁷ Conforme aponta Tucci, alguns exemplos de dispositivos do CPC que veiculam medidas que o magistrado pode tomar para coibir o litigante temerário são: a) art. 18 cc art. 17, inc. I, IV e VI (também poderia ser incluído o inciso VII, acrescentado após a publicação de sua obra); b) art. 196; c) art. 538, parágrafo único; d) art. 601 cc art. 600; e e) art. 881 cc art. 879; dentre outros. Sustenta, com razão, ainda que tais medidas devem ser adotadas inclusive contra o litigante que se sobressair vitorioso da lide (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 123-124).

⁴²⁸ Sucintamente, é possível entender que a primeira refere-se aos atos dentro do processo e a segunda aos atos do réu externos ao processo.

⁴²⁹ Trata-se, mais uma vez, de conduta estatal cuja natureza comissiva ou omissiva não se mostra clara.

resultar em uma situação de denegação de justiça em sentido estrito, poderá os danos decorrentes ser imputados ao Estado.

Quando o responsável pela delonga já atua em nome do Estado (notadamente nos casos dos auxiliares da justiça), a atribuição dos danos pela indevida morosidade já ocorre naturalmente pelo fato de serem agentes públicos. Todavia, a complacência do magistrado configura mais uma justificativa para ocorrer tal imputação. Já quando a delonga não decorrer de agentes estatais no exercício de suas funções (notadamente no caso de particular atuando como parte), a atribuição dessa omissão ao Estado poderá ser feita somente com base nessa última justificativa.

Conclui-se assim que não é apenas o desrespeito aos prazos (impróprios) dos juízes e demais serventuários que podem implicar na atribuição da delonga processual ao Estado, mas também essa situação relatada no presente item.

6. RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS MAGISTRADOS E DEMAIS AGENTES, E ASPECTOS PROCESSUAIS DA AÇÃO PRINCIPAL E REGRESSIVA

Enfim, neste último capítulo será analisada a questão da responsabilidade civil pessoal do magistrado, a relação dela com a responsabilidade do Estado, bem como alguns aspectos processuais da ação de responsabilidade principal e a regressiva.

6.1. A responsabilidade dos magistrados e dos demais servidores judiciais e a ação regressiva

Constatada a responsabilidade do Estado por omissão judicial nas hipóteses anteriormente elencadas (ou, naturalmente, em outras não mencionadas expressamente aqui) de acordo com os requisitos gerais da responsabilidade do Estado por omissão e com as peculiaridades desses requisitos aplicados às condutas judiciais, cumpre verificar em quais hipóteses é possível cogitar a responsabilização pessoal do magistrado.

Nessa análise, surgem algumas questões: a sistemática instituída pelo dispositivo constitucional geral da responsabilidade do Estado e da ação regressiva se aplica normalmente? O particular lesado pode acionar diretamente o magistrado? Os dispositivos legais que regulamentam a responsabilidade civil do magistrado são constitucionais? Eles devem ser levados em conta na análise da responsabilidade? A independência dos magistrados deve ser levada em conta nessa análise? Há distinção das situações em que o magistrado age comissivamente e omissivamente? Há distinção quando o magistrado exerce atividade jurisdicional ou atividade de outra natureza?

Passa-se a analisar tais questões, passando primeiramente pela sistemática do regime geral.

6.1.1. A sistemática do artigo 37, §6º da CF e dos demais dispositivos legais pertinentes

O regime geral da ação regressiva do Estado contra o agente está consagrado no mesmo dispositivo da responsabilidade do Estado:

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

Para que o Estado faça jus ao ressarcimento pelo agente faltoso em regime regressivo, é necessária a comprovação da culpa em sentido lato (dolo ou culpa) desse agente. E, mais do que isso, deve comprovar que a conduta estatal (comissiva ou omissiva) que ensejou o dano pode ser atribuída de modo pessoal ao agente (ainda que em concorrência com outros agentes), isso porque as condutas impessoais do Estado não dão margem, em princípio, à responsabilidade regressiva.

Edmir Netto de Araujo,⁴³⁰ ao comentar as formas de cobrança do Estado em face de agente que lhe causou prejuízo, aponta para a existência de duas situações distintas: os prejuízos causados pelo agente diretamente ao Estado e os prejuízos que esse gerou ao Estado por conta de danos por ele provocados a terceiros que ensejaram a ação de responsabilidade estatal (prejuízos indiretos).

No primeiro caso, há a possibilidade de o Estado se valer de mecanismos autoexecutórios para a obtenção desse ressarcimento, inclusive com a possibilidade de descontos na remuneração do agente caso a responsabilidade decorra de dolo e não seja localizados bens que assegurem a execução do débito pela via judicial. Todavia, conforme relata o administrativista, há divergências, sobretudo na jurisprudência, em admitir a possibilidade de descontos sem a aquiescência do servidor, considerando a natureza alimentar dos vencimentos.

Já em relação aos danos indiretos (ou seja, oriundos da condenação do Estado em ação de responsabilidade movida por terceiros, quando esses podem ser atribuídos ao agente) faz-se necessário a observação da via regressiva, conforme o mandamento constitucional. Tal dispositivo, conforme sustenta (com razão) o administrativista, indica não haver mais espaço para que se cogite do litisconsórcio necessário entre o agente e o Estado, muito menos a solidariedade. Há espaço apenas para a regressividade – que, alias, já estava consolidado desde a Constituição de 1946.

O dispositivo constitucional menciona expressamente apenas a existência do “direito de regresso” contra o responsável, não indicando claramente se esse deverá ser exercido por ação regressiva ou se poderia ser exercido em regime autoexecutório (em processo administrativo interno que assegure o contraditório e a ampla defesa).

Em âmbito federal, todavia, a Lei 8.112/90 indica que o exercício do direito de regresso por danos provocados a terceiro será buscado pela Fazenda por meio de ação regressiva, conforme o seu artigo 122, §2º (“Tratando-se de dano causado a terceiros,

⁴³⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso direito administrativo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 906-910.

responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva”). Mais do que isso, a Lei 4.619/65 que regulamenta justamente a ação regressiva da União contra seus agentes reforça tal posicionamento. Ademais, impõe o prazo prescricional de 60 dias para ajuizamento da ação e exige o trânsito em julgado da ação principal para se cogitar da utilização da via regressiva (artigo 2º).

O Projeto de Lei da Responsabilidade Civil do Estado – caso aprovado, tratar-se-ia de lei de caráter nacional (artigo 1º, §1º) – prevê o regime regressivo entre os artigos 9º e 14. Nesses dispositivos é previsto, dentre outras coisas, o seguinte: a) responsabilidade pessoal do agente obrigatoriamente pela via regressiva; b) obrigatoriedade de processo administrativo para que a Administração apure e identifique a responsabilidade pessoal do agente, se for o caso; c) exigência do prévio trânsito em julgado da ação de responsabilização do Estado para que a Administração inicie a apuração da questão; d) encerrado o processo administrativo, intimação do agente para que recolha aos cofres públicos, em 30 dias, o valor da indenização; e) possibilidade de o agente autorizar o desconto mensal na folha de pagamento, respeitados os limites da legislação; f) caso em que não mais subsistir o vínculo entre o agente e a Administração (exoneração, demissão, rescisão contratual, aposentadoria, etc.), obrigação de quitar o débito em 60 dias, sobpena de inscrição em dívida ativa; g) ajuizamento da ação regressiva, no caso do agente culpado não ressarcir os cofres públicos voluntariamente; e h) possibilidade de as pessoas privadas (empresas estatais, por exemplo) adotarem tais procedimentos, no que couber.

A solução adotada pelo projeto parece interessante, pois, por um lado, prevê a apuração em processo administrativo (o que diminui a arbitrariedade na apreciação, pela Administração Pública, do agente culpado) e possibilita o agente ressarcir voluntariamente os cofres públicos (o que pode evitar a judicialização, poupando o Poder Judiciário de intervir na questão), por outro, exige o consentimento do servidor para que o ressarcimento ocorra na via administrativa. Assim, caso o servidor não concorde com o resultado do processo administrativo, imporá ao Estado o ajuizamento de ação judicial de ressarcimento. Desta maneira, não concordando o agente com o resultado do processo administrativo, terá ele o processo judicial, com todas as garantias a ele inerentes, para se defender.

A responsabilização dos servidores e demais auxiliares do Poder Judiciário segue naturalmente a lógica do artigo 37, §6º, da Constituição. Caso aprovado o

mencionado projeto de lei, igualmente estarão submetidos a o regime a ele inerente. Cumpre analisar, assim, como se dá a responsabilidade pessoal do magistrado.

6.1.2. As hipóteses de responsabilidade pessoal do magistrado e a sua relação com a responsabilidade do Estado

A responsabilização civil dos magistrados, conforme apontado no primeiro capítulo, ao mesmo tempo em que pode integrar um sistema amplo de controle e responsabilização (em sentido amplo) do Poder Judiciário, abre a possibilidade de constituir um instrumento de repressão à atividade do magistrado, se mal utilizada.

José Guilherme de Souza⁴³¹ argumenta que o manejo mais constante das ações regressivas contra magistrados que, havendo cometido faltas profissionais no desempenho de suas funções, tenham causado danos aos jurisdicionados representaria um passo a mais no sentido de se tornar a justiça “mais séria, mais humana e mais justa”.

Todavia, o próprio autor ressalta a completa falta de registro do manejo de ações desse tipo – constatação essa que reforça a já citada discrepância entre doutrina e jurisprudência no que tange ao tema em debate. Dentre os possíveis fatores que mantêm esse *status quo*, o autor elenca três: a) o mito da intangibilidade dos membros do judiciário; b) o espírito de solidariedade corporativista que reina entre os membros do judiciário, obstaculizando a iniciativa dos jurisdicionados lesados; c) a inércia dos jurisdicionados diante do desafio de defender os seus direitos contra abusos e arbítrios de juízes, por medo, acomodação ou desconfiança.

Não se trata de fenômeno exclusivamente brasileiro. Juan Montero Aroca,⁴³² em sua pesquisa, destaca que os doutrinadores alemães afirmam que a ação regressiva é muito pouco utilizada no país.

Por óbvio, a responsabilização administrativa do magistrado ou mesmo de servidores, em âmbito disciplinar, não é um pressuposto para a responsabilização do Estado (tampouco para a ação regressiva contra eles). Conforme Aguiar Júnior:

“O procedimento administrativo contra o Juiz, porém, não é pressuposto para a responsabilização patrimonial do Estado, mesmo porque a hipótese pode ser isolada, bastante grave para

⁴³¹ SOUZA, Jose Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 652, fev. 1990, p. 45.

⁴³² MONTERO AROCA, Juan. *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 35.

justificar a reparação do dano, mas insuficiente para a penalização administrativa”⁴³³

Antes de se analisar o tema, cumpre mencionar que a discussão gira em torno do artigo 133 do CPC, praticamente repetido no artigo 49 da LOMAN (que, no fundo, tem a função de estender as normas ali contidas para processos de natureza não cível).

*Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:
I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;
II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.
Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.*

Segundo Joel Dias Figueira Júnior,⁴³⁴ a expressão “dolo ou fraude” deve ser interpretada extensivamente, de maneira a abranger hipóteses como a simulação – conluio com uma ou ambas as partes para prejudicar ou beneficiar qualquer dos litigantes ou mesmo terceiros.

Todavia, a melhor interpretação não é, aparentemente, partir da noção de dolo (artigo 145 a 150, CC) do direito civil, vez que ela se refere aos vícios do negócio jurídico. Melhor compreender dolo como o elemento volitivo da responsabilidade do Estado.

Pode haver, igualmente, outros dispositivos esparsos que preveem a responsabilidade pessoal cível do magistrado, como o artigo 1.744 do Código Civil.

*Art. 1.744. A responsabilidade do juiz será:
I - direta e pessoal, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente;
II - subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito.*

A partir desse dispositivo do CPC, doutrina e jurisprudência, que já são vacilantes em relação à responsabilidade civil estatal, passaram a interpretar a responsabilidade civil do magistrado, igualmente polêmica, e confrontar com a do Estado. Naturalmente, a combinações de a interpretação desses dois institutos (que

⁴³³ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 20, n. 59, nov. 1993, p. 39.

⁴³⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-Juiz: estado e juízes constitucionalmente responsáveis: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá Editora, 1995, p. 58.

isoladamente já abrem margem para um leque de posições diferentes) resultou em uma pluralidade de entendimentos.

Para os defensores da tese da irresponsabilidade estatal por atos jurisdicionais ressalvados os casos previstos na constituição e/ou legislação, a posição da responsabilidade do magistrado igualmente se apresentaria mais restritiva. Há o entendimento no sentido de que, além do Estado não responder, sequer os juízes podem estar sujeitos a algum tipo de responsabilização pessoal – tese praticamente impossível de ser sustentada em um Estado de Direito em que vivemos atualmente. Há também aqueles que admitem apenas a responsabilização pessoal direta do juiz por seus atos em casos excepcionais e expressos em lei (no Direito brasileiro, pelo dispositivo supracitado).

Outros autores entendem que tanto o juiz quanto o Estado podem ser responsabilizados por atos jurisdicionais (posição majoritária na doutrina brasileira).

Dentre esses, há aqueles que possuem posição mais restritiva. Entendem que os juízes responderão pessoalmente quando houver previsão expressa e que só será possível discutir a responsabilidade do Estado nos casos em que o ordenamento for expresso.

Por outro lado, há os defensores de que, nesses casos de responsabilidade do juiz previstos expressamente, haveria uma responsabilização solidária entre esse e o Estado (nos casos em que se admite a responsabilidade do magistrado). É o caso de José dos Santos Carvalho Filho.⁴³⁵ O publicista argumenta que a compatibilização do artigo 133 do CPC e da norma geral da constituição impõe o reconhecimento de que existe uma alternativa posta em favor do cidadão, que poderia mover a ação contra o magistrado, contra o Estado ou contra ambos.

Nessa mesma linha, Lílian de Castro Peixoto⁴³⁶ defende a possibilidade de o jurisdicionado escolher entre demandar o Estado ou o magistrado, em caso de dolo ou culpa do agente, pois se trataria de uma opção posta ao cidadão para demandar da forma que repute melhor assegurar seu direito.

Em outro sentido, alguns doutrinadores compreendem não ser possível qualquer hipótese de responsabilização direta do magistrado. A responsabilização por atos e

⁴³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 576. Também nesse sentido: CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 264.

⁴³⁶ PEIXOTO, Lílian de Castro. Responsabilidade do Estado por atos do Judiciário, *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena – CAAP*, Belo Horizonte, a. 5, n. 9, 2000, p. 173-176.

omissões judiciais deve ser oposta ao Estado e os magistrados somente poderão responder pela via da ação regressiva.

Há, todavia, posições divergentes mesmo dentro desse posicionamento. De um lado, há os que sustentam a inconstitucionalidade do art. 133 do CPC – bem como do art. 49 da LOMAN – e aplicação do §6º do art. 37 da CF – inclusive quanto à responsabilidade subjetiva do agente pela via da ação de regresso. De outro, há os que preferem interpretar o artigo 133 do CPC conforme a CF, de modo que os casos de responsabilidade subjetiva em ação de regresso são justamente os abordados por esse dispositivo do Código de Processo Civil.

Wanderley José Federighi⁴³⁷ segue essa primeira linha. Deve a responsabilidade direta ser do Estado, inclusive na hipótese do artigo 133 do CPC e art. 49 da LOMAN. Todavia, tais dispositivos seriam inconstitucionais por estarem em desacordo com a ordem constitucional vigente e que deveria a responsabilidade imputada exclusivamente⁴³⁸ ao Estado conforme a sistemática do artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

Edmir Netto de Araujo,⁴³⁹ afirma ser inconstitucional o artigo 133 do CPC, por restringir onde a Constituição não o fez e por inovar sobre direito explícito na Constituição. Assim, o dispositivo, ao restringir a responsabilidade pessoal do magistrado, estaria criando disposição oposta à lógica da sistemática imposta pela Constituição, não podendo ser aplicado sequer para as hipóteses de responsabilidade pessoal regressiva do magistrado (aplicando-se a lógica regressiva para os casos de dolo e culpa do magistrado).

Por outro lado, Marcelo Sampaio Siqueira⁴⁴⁰ defende que o Estado somente poderia exercer a ação regressiva contra os magistrados nos casos previstos

⁴³⁷ FEDERIGHI, Wanderley José. O dano moral causado por ato jurisdicional, *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, a. 1, n. 3, maio/out. 1997, p. 56-59 e 66.

⁴³⁸ Ao sustentar a responsabilidade exclusiva do Estado, pelo que se infere do trabalho em comento, não pretendeu o autor afastar a possibilidade do ajuizamento de eventual ação regressiva do Estado contra o magistrado que agiu com dolo ou culpa, conforme a sistemática do dispositivo constitucional. Apenas quis apontar que o Estado deveria responder com exclusividade perante o jurisdicionado (exclusividade na ação principal), sem qualquer responsabilidade solidária ou subsidiária do magistrado nesse primeiro momento. É a exclusividade da responsabilização direta.

⁴³⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso direito administrativo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 838-840. O administrativista já sustentava tal posicionamento mesmo antes da Constituição vigente: ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 68.

⁴⁴⁰ SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Responsabilidade do Estado: erro judicial praticado em ação civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 218.

expressamente em lei – art. 133 do CPC, artigos 294, art. 420 e 421 do CC de 1916 (dispositivos esses, evidentemente, não mais vigentes), e art. 49 da LOMAN.⁴⁴¹

Embora publicado poucos meses antes da promulgação da Constituição de 1988, Luiz Rodrigues Wambier⁴⁴² já sustentava a possibilidade de, a partir de um trabalho exegético voltado à interpretação harmônica dos dispositivos – art. 133 do CPC e art. 107 da EC n.º 01 de 1969 – compreender o dispositivo do diploma processual como uma especificação do preceito constitucional (referindo-se à ação regressiva do Estado em face dos juízes) levando-se em conta as peculiaridades próprias da atividade dos magistrados.

Por fim, há ainda autores que defendem um regime híbrido da ação regressiva contra o magistrado. Marcus Paulo Queiroz Macêdo⁴⁴³ sustenta que a ação regressiva do Estado em relação ao magistrado segue dois regimes distintos em relação à espécie de ato. Primeiramente destaca que a responsabilidade do Estado por atos judicial não propriamente jurisdicional seria o da responsabilidade objetiva do artigo 37, §6º, da CF, enquanto a responsabilidade do Estado pelo ato jurisdicional propriamente dito seria o do erro judicial do artigo 5º, inciso LXXV, CF, que teria índole subjetiva.

A partir disso, o autor sustenta que, em se trata de atos não propriamente jurisdicionais do Poder Judiciário, o regime de responsabilidade regressiva do magistrado ou do servidor é o do próprio artigo 37, §6º mencionado – responsabilidade por dolo ou culpa. Por sua vez, quando se trata da responsabilidade subjetiva do Estado por erro judicial (regime do ato jurisdicional típico, segundo Macêdo), o magistrado responderia somente em caso de dolo ou fraude, nos termos do artigo 133 do CPC e artigo 49 da LOMAN – no fundo, no caso de dolo, uma vez que a fraude estaria absorvida pelo dolo, conforme destaca o próprio autor. Embora não tenha dito expressamente, decorre dessa posição do autor que o Estado absorveria os casos de responsabilidade por erro judicial ocasionado por culpa do magistrado, sem possibilidade de ação regressiva.

Basicamente, são essas as posições em relação à combinação da responsabilidade civil do Estado e do magistrado. Passa-se a analisar o tema.

⁴⁴¹ Também nesse sentido: LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: a. 35, n. 138, p. 55-63, abr./jun. 1998, p. 62-63.

⁴⁴² WAMBIER, Luiz Rodrigues. Responsabilidade civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 633, jul. 1988, p. 37-38.

⁴⁴³ MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. A responsabilidade civil em face de danos decorrentes de atos oriundos do Poder Judiciário, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 9, n. 35, jul./set. 2008, p. 240-243.

Conforme já sustentado anteriormente, não existe, ao menos para fins de afastar o regime geral da responsabilidade do Estado, uma incompatibilidade entre o dispositivo do CPC e da LOMAN e a CF. Os atos e omissões oriundas do Poder Judiciário são passíveis ensejar a responsabilidade do Estado e os magistrados se enquadram no conceito amplo de agentes contido no artigo 37, §6º da Constituição, de maneira que se submeteriam, em princípio, à lógica da ação regressiva.

Ora, tais dispositivos legais não determinam que o magistrado deverá responder ao cidadão e ao jurisdicionado diretamente, podendo, em princípio, seguir uma linha argumentativa no sentido de que eles regulamentam o regime regressivo em face do magistrado devido às peculiaridades de tal função.

Maria José Rangel de Mesquita,⁴⁴⁴ ao descrever o sistema de responsabilidade do Estado e dos funcionários no regime português, narra que foi criado, em vista a necessidade de se tutelar a independência da magistratura e se garantir a irresponsabilidade dos magistrados pela atividade de decidir inerente a tal função, um sistema de responsabilização dos magistrados distinto e mais protetivo do que em relação ao regime de responsabilidade comum dos demais servidores públicos.

Conforme relata a autora portuguesa, o regime geral de responsabilidade aplicável aos titulares de órgãos, funcionários ou agentes administrativos, que se estende aos agentes judiciais e membros do Ministério Público – excluídos os magistrados, porém incluídos os demais servidores do Poder Judiciário –, consagra a regra de que o Estado é exclusivamente responsável pelos danos que resultem de ações ou omissões ilícitas cometidas por esses agentes com culpa leve. Todavia, nos casos de dano resultante ações ou omissões ilícitas cometidas com dolo ou culpa grave – ou seja, cometidas com diligência e zelo manifestamente inferiores àquelas que se encontram obrigados em razão do cargo – há responsabilidade solidária entre o Estado e o agente. Assim, nesses casos é possível que o cidadão-jurisdicionado opte por demandar o Estado (ou entidade pública); o titular do órgão, funcionário ou agente autor do fato lesivo; ou ambos simultaneamente – sem prejuízo de eventuais ações regressivas decorrente dessas relações intra-administrativas envolvendo Estado e agente.

Já no caso dos magistrados, consagrou-se no direito luso – artigo 14 da Lei n 67/2007 – a impossibilidade de responsabilização direta dos magistrados judiciais e do Ministério Público por ações e omissões praticadas no exercício de suas funções,

⁴⁴⁴ MESQUITA, Maria José Rangel de. Responsabilidade do Estado por acto judiciário. *Revista da Esmape*, Recife, v. 15, n. 31, jan./jun. 2010, p. 362-365.

ressalvando a possibilidade de o Estado ingressar com ação regressiva em caso de culpa grave ou dolo desses agentes. Além disso, são eles irresponsáveis no plano cível (podendo, entretanto, responderem no plano criminal), inclusive a título regressivo, em caso de culpa leve. Assim, há responsabilidade exclusiva do Estado nos casos de culpa leve e responsabilidade também exclusiva do Estado nos casos de culpa grave ou dolo desses, porém com possibilidade de ação regressiva contra o magistrado ou membro do Ministério Público, que comprovadamente agir ou se omitir com dolo ou culpa grave.

Portanto, caso fosse admitida a responsabilização direta do magistrado no direito brasileiro – que justamente institui o regime de responsabilidade via regressiva, dentre outras coisas, para proteger o agente contra ações temerárias e pressões indevidas – seria, no mínimo, um contrassenso. Se a função da magistratura faz jus a uma maior proteção para o exercício de sua função, não há porque retirar dele a proteção conferida pela via regressiva. Se outros sistemas que não admitem essa via para proteger o agente comum conferem tal garantia excepcionalmente aos magistrados, não há porque admitir no Brasil uma lógica exatamente oposta.

A segunda turma do STF, no julgamento do RE 228.977-2/SP, rel. Min. Néri da Silveira, d.j. 05.03.2002, já decidiu pela ilegitimidade passiva do magistrado para responder à ação de responsabilidade movida por um terceiro.

Cumpra, ainda, mencionar mais uma vez o artigo 143 do PLNCPC:

Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:

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

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

Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de dez dias.

Embora a redação seja bastante semelhante, há duas diferenças que devem ser notadas. Primeiramente, o parágrafo único foi redigido de maneira mais técnica ao condicionar a possibilidade de imputação da responsabilidade à formulação do requerimento pela parte e a não *apreciação* da questão em dez dias. A redação atual fala em *atendimento* do pedido, o que não deve prevalecer. A improcedência, no mérito, do requerimento não configura, em princípio, omissão judicial.

Conforme já abordado no capítulo antecedente, tal dispositivo mostra-se relevante quando a questão envolver a denegação de justiça em sentido estrito e as

espécies de omissão a ela relacionadas. Não pode ser utilizado para escusar o Estado da responsabilidade (o mesmo vale para o magistrado) para os casos de morosidade.

O segundo ponto, mais importante, a ser observado é a expressa menção ao fato de que tal responsabilização pessoal dá-se na via regressiva. Assim, caso aprovado o dispositivo com essa redação, não haverá mais espaço para se sustentar a responsabilidade pessoal direta do magistrado nesses casos.

Sem prejuízo disso, uma questão ainda subsiste: um dispositivo infraconstitucional poderia dar conformação ao regime geral instituído na regra constitucional da responsabilidade regressiva do agente? Ou seja, instituído na CF a possibilidade de o Estado acionar seus agentes regressivamente em caso de dolo ou culpa, poderia um dispositivo legal dar conformação às hipóteses em que isso poderia ocorrer, dada a condição peculiar da magistratura?

Primeira observação importante a ser feita é no sentido de que tal restrição não atingiria o cidadão ou o jurisdicionado, mas apenas poderia potencialmente diminuir os casos em que o Estado teria seus prejuízos ressarcidos. Ou seja, o principal escopo do ditame constitucional – garantir o cidadão a indenização pelos danos sofridos quando imputáveis ao Estado – estaria protegido.

Todavia, poderia se argumentar que a instituição de um suposto privilégio a uma classe de agentes seria inconstitucional e contrária aos ditames do Estado Democrático de Direito. Para se analisar tal questão, é necessário analisar o conteúdo dos incisos desses dispositivos.

O inciso primeiro tem o condão de restringir, aos casos de dolo e fraude (leia-se: qualquer conduta com o elemento volitivo dolo), a responsabilidade regressiva do magistrado quando do “exercício de suas funções”. Essa locução deve ser compreendida como a prática de atos de natureza jurisdicional, conduta comissiva por meio da prática de atos jurisdicionais. Não se aplicaria às condutas de natureza administrativa, tampouco às condutas omissivas (ou, ao menos, às condutas comissivas estatais que não estejam associadas à prática de atos jurisdicionais pelo magistrado).⁴⁴⁵

Aparentemente, a opção legislativa para restringir a responsabilidade, nesses casos, às condutas dolosas parece ser aceitável, mesmo que instituído em âmbito infraconstitucional. Isso porque visa afastar a possibilidade de responsabilização pessoal do magistrado pela prática de atos jurisdicionais.

⁴⁴⁵ Como já mencionado em algumas das espécies de omissão judicial apresentadas no capítulo anterior, há condutas omissivas estatais que possam envolver práticas de atos jurisdicionais pelo magistrado.

Assim, a prática de atos jurisdicionais deliberadamente sem motivação, condutas fraudulentas e dolosas para beneficiar ou prejudicar alguma das partes, desprezo deliberado a dispositivos legais expressos (sem uma justificativa motivada para a sua não aplicação), desprezo deliberado e intencional a súmulas vinculantes, etc. sujeitaria o magistrado à responsabilidade regressiva.

Não se incluiria, naturalmente, a interpretação desses dispositivos, construções argumentativas para interpretar a lei, constatação motivada de que a situação concreta não comportaria o entendimento legal, interpretação pela inconstitucionalidade de determinada lei, ou mesmo o simples equívoco não intencional ao ignorar determinada lei ou súmula vinculante (ainda que por descuido ou desconhecimento). Estaria afastada, a princípio, a responsabilidade pessoal do magistrado.

Assim, tal dispositivo pode ser concebido como uma opção político-legislativa visando resguardar a possibilidade de os magistrados decidirem de acordo com suas convicções e resguardar a independência dos magistrados.

Já o inciso II se refere a condutas omissivas do magistrado, que, como se sabe, a princípio não carregam consigo uma carga jurisdicional. Diferentemente do inciso I, não há limitação aos casos de dolo. A escusa da responsabilidade se refere aos casos em que houver justo motivo para o retardamento (casos, por exemplo, de excesso de trabalho na questão da morosidade, que pode perfeitamente afastar a responsabilidade do magistrado na via regressiva, mas não a do Estado).

Augusto do Amaral Dergint,⁴⁴⁶ comentando especificamente sobre a responsabilidade decorrente da morosidade (embora o raciocínio também possa se aplicar às demais hipóteses), sustenta também que a responsabilidade civil do Estado e a pessoal do magistrado sistemática do artigo 37, §6º da CF. Assim, decorrendo o retardamento de falhas e deficiências do aparelho judiciário (sem culpa ou dolo do juiz), o Estado será integralmente responsável. Se decorrer de desídia do magistrado (espécie de negligência), deverá ele responder a título regressivo.

Logo, considerando que o dispositivo não exclui a totalidade das hipóteses de responsabilização pessoal do magistrado por culpa, e que, quando o fez, há justificativa na necessidade de assegurar ao magistrado que ele não será sofrerá consequências patrimoniais pela liberdade interpretativa do direito, inerente à sua função, tem-se que o dispositivo pode ser perfeitamente interpretado conforme os ditames constitucionais.

⁴⁴⁶ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 196.

6.2. Aspectos processuais da ação principal de responsabilidade movida pelo cidadão em face do Estado

Cumpra, enfim, analisar duas importantes questões de cunho processual em relação à ação principal de responsabilidade.

i) Momento para se ajuizar a ação de responsabilidade e sua prescrição

Ponto importante de se analisar é o momento em que se torna possível ajuizar a ação de responsabilidade do Estado em face das omissões judiciais. A primeira questão que naturalmente surge é a seguinte: é preciso esperar o trânsito em julgado para o ajuizamento da ação?

A questão deve ser respondida negativamente. Além de não haver nenhum óbice normativo para tal, não há, igualmente, nenhuma incompatibilidade sistêmica entre o fato de o processo continuar em curso e a ação ser ajuizada.

No caso da denegação de justiça em sentido estrito, ocorrendo o perecimento do direito, já seria possível o ajuizamento da ação. Mesmo que o perecimento possa autorizar a extinção do processo sem julgamento do mérito, não é necessário aguardar o trânsito em julgado. Basta a consolidação do dano.

Se a denegação resultar de algum incidente (como no caso das omissões relacionadas às tutelas antecipadas), e isso resultar, por exemplo, no perecimento parcial de direitos, é possível a coexistência de ambas as ações.

Em relação à morosidade, seria um contrassenso o jurisdicionado ter de esperar o encerramento do processo para tal. Ora, se o dano ocorre justamente da indevida delonga em se proferir a decisão final ou em se satisfazer a pretensão reconhecida, não faz sentido aguardar esse momento que não se concretiza.

No já mencionado julgado da Corte Europeia de Direitos Humanos, ocorrido em 25 de junho de 1987 (caso *Capuano*), em que o Estado italiano foi condenado a indenizar um litigante nos tribunais daquele país por conta do dano moral derivado do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda, teve ele por referência um processo que ainda não havia se encerrado.⁴⁴⁷

⁴⁴⁷ A íntegra da decisão pode ser lida em: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 69-75.

Todavia, quanto à questão do extravio dos autos, em relação à possibilidade de ele prejudicar a obtenção da tutela ou a defesa em juízo, parece ser logicamente, nesse caso, necessário aguardar o desfecho da lide.

A partir da verificação desse momento inicial, é importante estabelecer a partir de quando passa a correr o prazo para a prescrição (termo *a quo* para ajuizamento da ação).

Conforme já apontado, não é a coisa julgada o instrumento adequado para se garantir ao Estado a estabilização temporal das relações jurídicas (ou seja, garantir a segurança jurídica), mas sim o prazo prescricional da ação de responsabilidade do Estado.

Essa, conforme o artigo 1º-C, da Lei n.º 9.494/97, e o Decreto 20.910/32, é de 5 anos.

Art. 1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Após a promulgação do Código Civil de 2002, contudo, surgiu a polêmica a respeito da aplicação desse prazo quinquenal para ajuizamento da ação ou o prazo de três anos do artigo 206, §3º, inciso V, do diploma civilista. Tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça a aplicação do prazo quinquenal, sobre o argumento de que a norma civilista refere-se a casos privados apenas (AgRg no Resp 1256.676/SC, rel. Min. Humberto Martins, 2º Turma, d.j. 20.10.2011).

O termo *a quo* da contagem desse prazo poderá variar conforme a espécie de omissão judicial. Em se tratando da denegação de justiça, conta-se do dano naturalmente. No caso da morosidade, embora o encerramento do processo não seja exigível para o ajuizamento da ação, não correrá a prescrição enquanto não encerrado (inclusive a fase satisfativa). Isso porque enquanto ele estiver em trâmite, perdurará a ocorrência do dano (que se incrementa quanto mais tempo for se prolongando a demanda). Encerrando o processo, conta-se desse momento o prazo prescricional. Enfim, no caso de prejuízos probatórios oriundos do extravio de autos, conta-se da sentença transitada em julgado (momento em que será possível verificar a violação).

Em relação à ação regressiva do Estado em face do agente, aplica-se o artigo 37, §5º, que estabelece ser ela imprescritível (“A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao

erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”). Por sua vez, a já mencionada Lei n.º 4.619/65, em âmbito federal, fixou o prazo de 60 dias para que se promova a ação. Caso aprovado, o projeto de lei que trata da responsabilidade civil do Estado fixa o prazo de 15 dias para instaurar o processo administrativo para a apuração do agente responsável e averiguação de seu dolo e culpa, com o posterior prazo de 30 dias para o agente recolher a quantia voluntariamente e, caso não se cumpra voluntariamente a obrigação, o prazo de 30 dias para ajuizamento da ação. Todavia, esses prazos devem ser compreendidos como norma direcionada aos agentes competentes para propositura da ação, mas não em benefício do agente.

ii) Intervenção do magistrado e demais servidores na ação principal movida contra o Estado

Quanto à possibilidade de haver denúncia da lide ao magistrado e aos demais servidores, não parece haver peculiaridade na responsabilização envolvendo condutas judiciais e magistrados que justifique um tratamento distinto do regime comum. Todavia, mesmo nesse regime comum a questão é vacilante.

André Dias Fernandes⁴⁴⁸ defende a possibilidade de o Estado – jamais o jurisdicionado autor da ação – promover a denúncia da lide nos casos em que reputar conveniente, desde que existam fundadas razões para crer na existência de dolo ou culpa da parte deste. Aguiar Júnior igualmente admite tal possibilidade.⁴⁴⁹

Outros autores, por sua vez, entendem ser obrigatória tal denúncia. É o caso de Mário Moacyr Porto:

“Se na ação intentada contra a Administração Pública se disser, expressamente, que o agente causador do dano agiu com dolo ou culpa, parece-nos que a denúncia se impõe, pois não é curial fazer prova, da culpa ou dolo do agente sem a sua presença no processo, ainda que seja certo que a prova da ilicitude da conduta do agente não seja indispensável ao êxito da ação intentada contra a Administração.”⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ FERNANDES, André Dias. Responsabilidade do Estado e do juiz por atos jurisdicionais na jurisprudência do STF, *Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo*, São Paulo, n. 8, 2º quin. abr. 2004, p. 302.

⁴⁴⁹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, *Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 20, n. 59, nov. 1993, p. 13 e 43.

⁴⁵⁰ PORTO, Mario Moacyr. Responsabilidade civil do Estado. Atos legislativos e atos judiciais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 91, n. 329, jan./mar. 1995, p. 133.

Argumenta-se, por outro lado, que a autorização da denúncia da lide ao agente traria elemento novo à ação de responsabilidade principal, a discussão da culpa, e isso retardaria o andamento do processo.

Aparentemente, a questão da obrigatoriedade da denúncia já está superada. Até mesmo no direito privado não se encara a denúncia da lide como obrigatória (com base no artigo 70, inciso III do CPC). Ademais, o PLNCPC (artigo 125) aponta que a denúncia da lide é *admissível*, e não *obrigatória*, como é previsto no CPC vigente. Além disso, o direito de regresso do Estado está garantido constitucionalmente (e mesmo na legislação) independentemente de haver a denúncia. Em relação ao projeto de lei da responsabilidade civil do Estado, a própria sistemática de instauração de processo administrativo, após o trânsito em julgado da ação contra o Estado, para se apurar o agente eventualmente culpado é incompatível com a denúncia (nesse caso, mesmo a facultativa seria vedada). Por fim, cumpre dizer que o STJ possui alguns julgados em que se diz expressamente não ser obrigatória a denúncia (EREsp 313.886/RN, rel. Min. Eliana Calmon, 1ª Turma, d.j. 22.03.2004).

Se a denúncia é facultativa ou vedada a questão se mostra mais complicada e oscilante na jurisprudência. José dos Santos Carvalho Filho,⁴⁵¹ adverte que a matéria é bastante vacilante nos tribunais, embora seja perceptível uma discreta predominância das decisões que admitem como facultativa a denúncia.

Cumpre analisar a questão.

Partindo-se da premissa de que a responsabilidade do Estado por omissão é objetiva – conforme largamente fundamentado anteriormente – tem-se que, independentemente da natureza da ação, são discutidos três requisitos para configuração da responsabilidade: a conduta atribuível ao Estado, o dano e a sua imputação àquela. Assim, a introdução de um elemento novo na discussão poderá, de fato, prejudicar o andamento processual, ocasionado uma indevida ampliação objetiva da lide.

Todavia, não parece adequado sustentar que as teses defensivas do juiz na ação regressiva se limitem ao requisito da culpa da responsabilidade subjetiva. Pode ele sustentar, por exemplo, que a conduta omissiva estatal não seja atribuível a ele (atribuindo o fato à omissão genérica da máquina judiciária), ou mesmo sustentar a não configuração de qualquer dos requisitos aptos a configurar a responsabilidade do Estado em face do terceiro (pois, caso ele não participe da ação principal, as conclusões lá

⁴⁵¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 582-584.

estabelecidas não vinculam o magistrado que não participou desse processo). Pode ele sustentar a inoportunidade de qualquer omissão estatal (seja específica, seja genérica), inoportunidade de qualquer prejuízo indenizável sofrido pelo cidadão ou mesmo a inexistência de imputação. Assim, não parece adequado impedir que o magistrado discuta novamente todos esses requisitos, quando da ação regressiva, se ele, em um primeiro momento, não participou da relação processual da ação movida pelo cidadão em face do Estado.

Portanto, não participando do julgamento da ação principal, o magistrado poderá discutir em sua defesa tanto a inexistência de sua responsabilidade perante o Estado (comprovando a inexistência de conduta ou culpa sua ou que o dano não poderia ser imputado a sua conduta), bem como poderia rediscutir todos esses elementos na perspectiva da relação terceiro e Estado (ausência de conduta estatal, inexistência do dano ou mesmo que esse poderia ser imputado à conduta estatal). Se o Estado foi desidioso em realizar a sua defesa na ação processual, por exemplo, não pode esse fato vincular o magistrado.

Assim, tem-se, de um lado, o interesse do magistrado em poder influir na decisão da ação principal em favor do Estado (ou mesmo o interesse do Estado em que o magistrado participe da relação processual visando evitar que todas as questões relacionadas à ação principal sejam rediscutidas), e, de outro, evitar que inconvenientes discussões relacionadas à ação regressiva (culpa do agente, existência de conduta do agente específico, etc.) seja ventilada na ação principal.

Entende-se que a melhor solução para a questão é admitir a participação facultativa do magistrado (ou de qualquer agente) na qualidade de assistente simples do Estado na ação principal – inclusive por ele não ser o titular do direito envolvido na demanda. Assim, não será imposta ao magistrado sua participação, mas se ele optar em participar, deverá se limitar a discutir questões pertinentes à relação Estado e terceiro lesado e, quando transitada em julgado a decisão, não poderá o magistrado rediscutir, salvo algumas exceções, as questões relacionadas à relação do Estado com o terceiro prejudicado na ação regressiva, conforme o artigo 55 do CPC vigente (que terá redação equivalente no artigo 123 do PLNCPC, em capítulo destinado à assistência simples).

Art. 55. Transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que:

I - pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença;

II - desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

Conforme sustenta José Guilherme e Souza,⁴⁵² se o agente não participar da relação processual travada entre o cidadão e o Estado responsabilizado, poderá ele pedir ao magistrado que participe como assistente, bastando demonstrar seu interesse jurídico – nesses casos, o interesse de que a decisão seja favorável ao Estado.

O Estado, tendo interesse na participação do agente, poderá comunicá-lo a respeito do ajuizamento da ação, e esse decidirá por ingressar ou não.

⁴⁵² SOUZA, Jose Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 652, fev. 1990, p. 44.

CONCLUSÃO

De toda a exposição feita ao longo dos seis capítulos, é possível, em breve síntese, concluir o seguinte:

1. O instituto da responsabilidade do Estado é mais coerente com o Estado Democrático de Direito e com o princípio da responsabilidade (em sentido amplo) daqueles que exercem poder em nome do povo do que a imunidade absoluta do Estado e dos magistrados pelos atos judiciais.

2. A aplicação do instituto da responsabilidade do Estado às condutas oriundas do Poder Judiciário não representa qualquer incompatibilidade sistêmica com o modelo, predominantemente burocrático, de recrutamento e estruturação da carreira da magistratura brasileira.

3. O Brasil não prestigia formas de responsabilização política e de responsabilização social institucionalizada da magistratura. Contudo, a responsabilização disciplinar e a social não institucionalizada evoluíram ao longo dos últimos anos.

4. Assim com no caso do instituto geral da responsabilidade do Estado, a responsabilidade estatal por condutas judiciárias encontram-se em evolução, havendo cada vez mais respaldo no direito brasileiro, especialmente nas normas constitucionais e legais, e na doutrina.

5. A responsabilidade extracontratual do Estado é mais viável e realista, do ponto de vista prático, do que a responsabilidade direta dos magistrados e servidores do Judiciário para tutelar o direito dos cidadãos que sofreram danos em decorrência da atividade judicial.

6. A necessidade de se reparar os danos que possam ser imputáveis às condutas oriundas do Poder Judiciário não constitui obrigação de assistência social, ato de caridade, medida de igualdade pura e simplesmente ou obrigação moral. Constitui sim obrigação de reparar o dano sofrido pela vítima, quando imputável ao Estado, fundado em princípios de direito público e, sobretudo, garantia inerente ao Estado de Direito.

7. A responsabilidade direta do Estado equilibra de maneira mais harmônica o binômio dos valores da responsabilidade e independência, sendo compatível com um modelo de responsabilização da magistratura que controla os riscos tanto do isolamento como da repressão à magistratura.

8. O artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal comporta a responsabilidade por condutas oriundas do Poder Judiciário.

9. É praticamente pacífica a admissibilidade da responsabilidade do Estado por atos judiciários desprovidos de conteúdo jurisdicional.

10. Os dispositivos constitucionais e legais esparsos não tem o condão de afastar, *per se*, a responsabilidade do Estado por condutas do Poder Judiciário, inclusive de conteúdo jurisdicional.

11. Os argumentos favoráveis à tese da irresponsabilidade por atos jurisdicionais são: a) ausência de texto constitucional ou legal expresso, b) soberania, c) falibilidade dos juízes, d) risco assumido pelo jurisdicionado, e) a incontestabilidade da coisa julgada; e f) a independência da magistratura.

12. Esses argumentos igualmente são insuficientes para se afastar, *per se*, a responsabilidade do Estado por condutas do Poder Judiciário, inclusive de conteúdo jurisdicional.

13. A responsabilidade do Estado por condutas judiciais deve ser estudada a partir da análise aprofundada dos requisitos gerais dessa responsabilidade. Sem prejuízo disso, a realização de estudos especializados, em que se analisem tais requisitos com a devida atenção às peculiaridades de cada atividade estatal (no presente caso, as espécies de omissões judiciais), mostra-se bastante relevante para a construção de um regime justo e de acordo com o ordenamento.

14. Não integra o rol de requisitos da responsabilidade do Estado por omissão a culpa (*latu sensu*).

15. A conduta omissiva estatal (como fato jurídico relevante), a existência de um dano a determinada pessoa (distinto do mero prejuízo) e a possibilidade de se imputá-lo a tal conduta, são os requisitos necessários à configuração da responsabilidade do Estado. Cada um deles têm suas respectivas características indispensáveis, por vezes desprezadas, para que se cogite da responsabilidade do Estado. A simples observância a elas já é o suficiente para se constatar que o Estado não se tornará um segurador universal pela dispensa da análise do requisito da culpa.

16. Omissão judicial deve ser distinguida do erro, da má aplicação do direito, do indeferimento e dos demais atos judiciais denegatórios.

17. Grande parte dos casos de omissão judicial não pode ser encarada, para fins de incidência dos (inconsistentes) argumentos em favor da tese da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, como atos dotados de conteúdo jurisdicional.

18. A atuação das partes e de seus procuradores pode ser fundamental para que se cogite da imputação de um dano ao Estado.

19. A responsabilidade do Estado por omissões judiciais, além de ser objetiva (como qualquer outra hipótese de responsabilidade civil estatal), pode ter por base tanto condutas de agentes individualizados como condutas impessoais do Estado. De igual maneira, é possível haver responsabilização do Estado tanto por conta de condutas omissivas ilícitas como lícitas, embora essas sejam menos comuns. Não é cabível a escusa do excesso de trabalho para se afastar a responsabilidade do Estado, embora essa possa afastar o ressarcimento do dano pelo magistrado.

20. Quando se discute a responsabilidade pela omissão judicial, não há uma limitação apriorística a respeito da natureza (patrimonial ou moral) ou origem do bem violado (bem objeto do litígio, bem indiretamente ligado aos bens objeto do litígio, bem extraprocessuais, etc.).

21. Admite-se a responsabilidade do Estado por omissão judicial, dentre outras possíveis hipóteses, nos seguintes casos: denegação de justiça em sentido estrito, morosidade judicial, danos extraprocessuais ocasionados por omissões judiciais, manutenção indevida de condenado ou acusado preso por omissões judiciais, extravio de autos, falta de motivação dos atos judiciais, omissões no âmbito das tutelas antecipadas no processo civil, não adoção de medidas para a boa fluência processual. Muitas delas podem se correlacionar em casos concretos.

22. Cada uma dessas modalidades apresenta peculiaridades e demandam análise própria, com base sempre nos requisitos gerais da responsabilidade por omissão.

23. O magistrado responde civilmente somente em caráter regressivo, na sistemática do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição. Não é parte legítima da ação principal movida pelo jurisdicionado ou cidadão lesado em face do Estado. Parece adequado, todavia, admitir a participação facultativa dele na ação principal intervindo como assistente simples.

24. O artigo 133 do CPC, que regulamenta a responsabilidade pessoal do magistrado, aparentemente pode ser interpretado em conformidade com a parte final do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 20, n. 59, nov. 1993, p. 5-48.

AHUALLI, Tânia Mara. Ensaio sobre o nexos de causalidade na responsabilidade civil do Estado, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 341-359.

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Responsabilidade extracontratual do Estado por atos lícitos: ensaio em homenagem a Guido Soares, in CASELLA; CELLI JUNIOR; MEIRELLES; POLIDO (org.). *Direito internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 7-23.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, 2ª ed. São Paulo: Forense, 2008.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da Administração Pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras, in FREITAS (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 293-336.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARRAZA, Javier Indalecio. *Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la actividad judicial*. Buenos Aires, Republica Argentina: El Derecho, 2006.

BENACCHIO, Marcelo. Pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado contidos no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 93-115.

BORGES, Alice Gonzalez. Duração razoável do processo administrativo e responsabilidade do Estado, *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, a. 4, n. 7, jan./jun. 2011, 23-36.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. A relevância da culpa na responsabilidade extracontratual do Estado, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 79-91.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela*, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO RAMOS, André de. Direitos humanos e responsabilidade internacional, in MENEZES DIREITO; CANÇADO TRINDADE; PEREIRA (org.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo - estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2008, p. 595-620.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CINTRA, Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Responsabilidade do Estado por atos de juiz (em face da Constituição de 1988), *Revista Trimestral de Direito Públicos*, São Paulo, n. 9, 1995, p. 12-30.

CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 99, jan./mar. 1970, p. 13-32.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DELGADO, Jose Augusto. A demora na entrega da prestação jurisdicional: responsabilidade do Estado: indenização, *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 10, n. 2, jul./dez. 1998, p. 99-126.

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

_____. Responsabilidade do Estado por atos judiciais, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 83, v. 710, dez. 1994, p. 225-230.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 21^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Responsabilidade do Estado por atos judiciais, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 198, out./dez. 1994, p. 85-96.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FEDERIGHI, Wanderley José. O dano moral causado por ato judicial, *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, a. 1, n. 3, maio/out. 1997, p. 53-66.

FERNANDES, André Dias. Responsabilidade do Estado e do juiz por atos judiciais na jurisprudência do STF, *Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo*, São Paulo, n. 8, 2^o quinz. abr. 2004, p. 301-308.

FERREIRA, Daniel. Responsabilidade civil do Estado por omissão: contornos e controvérsias, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 51-78.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade civil do Estado-Juiz: estado e juízes constitucionalmente responsáveis: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá Editora, 1995.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*, 7^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado, a omissão inconstitucional e o princípio da proporcionalidade, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 223-237.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. *Dos atos jurisdicionais penais sujeitos à responsabilidade civil do Estado*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 239-292.

GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. *A responsabilidade civil do Estado-Juiz*. São Paulo: Tese (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional: Brasil-Portugal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. Estado democrático de Direito e responsabilidade civil do Estado: a questão dos precatórios, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, a. 5, n. 19, jul./set. 2007, p. 159-208.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Responsabilidade do Estado por atos judiciais, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun. 1998, p. 55-63.

LIMA NETO, Arnor. A responsabilidade civil extracontratual do Estado decorrentes da função judiciária no Brasil, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 27, n. 47, jan./jun. 2002, p. 37-68.

LIPPMANN, Ernesto. Da responsabilidade civil do Estado pelo erro judicial na esfera penal: o art. 5, LXXV da CF e o art. 630 do CPP vistos pela jurisprudência, *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 43, n. 211, maio 1995, p. 19-21.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. A responsabilidade civil em face de danos decorrentes de atos oriundos do Poder Judiciário, *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 9, n. 35, jul./set. 2008, p. 229-245.

MARRARA, Thiago. As enchentes e a responsabilidade civil do Estado, *Carta Forense [on line]*, São Paulo, 04 maio 2010. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/as-enchentes-e-a-responsabilidade-civil-do-estado/55466>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

_____. O conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação, in MARRARA (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 159-179.

_____. O princípio da publicidade: uma proposta de renovação, in MARRARA (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 280-300.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade civil do Estado, nexos de causal e imputação objetiva, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 361-390.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, José Arteiro Vieira de. A responsabilidade do Estado pela morosidade na atividade jurisdicional, *Revista Esmape*, Recife, v.7, n. 15, jan./jun. 2002, p. 349-398.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. O papel da *culpa* na responsabilidade civil do Estado, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 117-148.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Responsabilidade civil do Estado por ato judicial inconstitucional, *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 46. n. 244, fev. 1998, p. 129-150.

MESQUITA, Maria José Rangel de. Responsabilidade do Estado por acto judiciário. *Revista da Esmape*, Recife, v. 15, n. 31, jan./jun. 2010, p. 345-373.

MODESTO, Paulo. Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional, *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado – RERE*, Salvador, n. 13, mar./abr./maio 2008, p. 1-20. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-13-MAR%C7O-2008-PAULO-MODESTO.PDF>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

MONTERO AROCA, Juan. *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*. Madrid: Tecnos, 1988.

MORAES, Alexandre de. Análise da constitucionalidade da Resolução n.º 135 do Conselho Nacional de Justiça, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, jan./abr. 2012, p. 273-286.

_____. Consumidor e direito à prestação jurisdicional eficiente e célere, *Revista Mestrado em Direito, Direitos Humanos Fundamentais*, a. 7, n. 2, jul./dez. 2007, p. 45-57.

_____. *Direito constitucional*, 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, João Batista Gomes. Nexo de causalidade (do dano, para efeito de responsabilidade do Estado): reexame do tema, *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 39, set./out. 2006, p. 33-42.

NALINI, José Renato. Jurisdicionado é consumidor? [on line], 30 de dezembro de 2011. Disponível em <http://renatonalini.wordpress.com/2011/12/30/jurisdicionado-e-consumidor/>. Último acesso em 01 de novembro de 2014.

NANNI, Giovanni Ettore. *A Responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei n.º 9.784/99 comentada*. São Paulo: Atlas, 2009.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Responsabilidade civil do Estado por danos provenientes de veiculação de dados nos sites dos tribunais, *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 29, n. 112, out./dez. 2003, p. 257-262.

PEIXOTO, Lílian de Castro. Responsabilidade do Estado por atos do Judiciário, *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena – CAAP*, Belo Horizonte, a. 5, n. 9, 2000, p. 155-189.

PIERRI, Deborah. As omissões dos agentes públicos. *Faute du service* e outros esclarecimentos sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado, in GUERRA;

PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 169-194.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Fortuitos internos e externos e a responsabilidade civil do Estado, *Revista Trimestral de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 54, 2011, p. 95-104.

_____. Licenças urbanísticas e o silêncio administrativo: as tutelas judiciais possíveis diante da omissão da Administração Pública, *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, a. 5, n. 28, jul./ago. 2006, p. 3474-3484.

_____. Responsabilidade civil do Estado por insuficiência da segurança pública, in GUERRA; PIRES; BENACCHIO (coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 717-737.

PORTO, Mario Moacyr. Responsabilidade civil do Estado. Atos legislativos e atos judiciais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 91, n. 329, jan./mar. 1995, p. 131-134.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROESLER, Claudia Rosane. Repensando o Poder Judiciário: os sistemas de seleção de juízes e suas implicações. p. 5624-5640. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_rosane_roesler.pdf.

Último acesso em: 01 de novembro de 2014.

SALAZAR, Alcino de Paula. *Responsabilidade do poder público por atos judiciais*. Rio de Janeiro: Est. Gr. Canton & Reile, 1941.

SALOMONI, Jorge Luis. La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de La UNAM [on line]*. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/11.pdf>.

Último acesso em 01 de novembro 2014.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado, in FREITAS (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 268-292.

SANTOS NETO, João Antunes dos. Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais e jurisdicionais, *BDA: Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 18, n. 1, jan. 2002, p. 23-29.

SÉ, Joao Sento. Responsabilidade civil do Estado-Juiz, *Revista de Direito Publico*, São Paulo, v. 20, n. 82, abr./jun. 1987, p. 132-140.

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

SOUZA, Jose Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 79, n. 652, fev. 1990, p. 29-49.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A lição de Calamandrei, os vasos comunicantes e o direito de o Advogado ser recebido pelo Magistrado, *Revista do Advogado*, a. XXVIII, n. 100, out. 2008.

_____. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal, *Revista de Processo*, a. 17, n. 66, abr.-jun. 1992.

_____. Garantia do processo sem dilações indevidas: responsabilidade do Estado pela intempestividade da prestação jurisdicional, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 97, 2002.

_____. Garantias constitucionais da duração razoável e economia processual no Projeto do Código de Processo Civil, *Revista de Processo*, a. 36, n. 192, fev. 2011, p. 193-208.

_____. Ineficiência da administração da Justiça e dano moral, *Tribuna do Direito*, São Paulo, v. 4, n. 41, set. 1996.

_____. O judiciário e os principais fatores de lentidão da justiça, *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 56, set. 1999, p. 78-83.

_____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Responsabilidade civil do Estado, *Revista de Informação Legislativa*, a. 24, n. 96, out./dez. 1987, p. 233-252.

VIGORITI, Vincenzo. La responsabilità del giudice in Italia, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 75, jul./set. 1994, p. 76-85.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Responsabilidade civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 633, jul. 1988, p. 34-42.

ZANCANER, Weida. Responsabilidade do Estado, serviço públicos e os direitos dos usuários, in FREITAS (org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 337-352.