

## INTRODUÇÃO

O acesso à justiça é direito fundamental que o Estado brasileiro deve viabilizar mediante adequado aparelhamento do serviço público a cargo do Poder Judiciário. O cidadão jurisdicionado que necessite recorrer à justiça espera contar com serviço eficiente e de qualidade, ou seja, com serviço que, além de dizer o direito aplicável ao caso concreto, o faça em tempo razoável e sem risco de perecimento do próprio direito em razão de deficiência do aparato judicial ou mesmo em razão de falha dos agentes encarregados de exercer a função jurisdicional.

No entanto, não é isso que em regra acontece. Tratando-se de serviço público, o de natureza jurisdicional nada deixa a dever, em termos de precariedade, aos serviços de saúde, segurança e ou de educação. Nesse particular, é possível inclusive vislumbrar um dado sociológico cruel da realidade brasileira: sem poder contar com uma prestação jurisdicional eficiente, o cidadão fica sem ter a quem recorrer para garantir a efetividade dos demais direitos fundamentais enunciados pelo sistema constitucional vigente, que, por isso, tornam-se todos – saúde, educação, segurança, justiça, etc. –, por um só golpe, letra morta.

Uma vez violado o direito a uma prestação jurisdicional adequada, deve haver a reparação do dano que resultar dessa violação. Esse dano, por sua vez, pode decorrer quer de falha da máquina judiciária a cargo do Estado, a exemplo da falta de oficial de justiça para cumprir mandados, quer de vício na função jurisdicional propriamente dita, tal como ocorre quando o juiz profere sentença marcada por corrupção. Em uma ou outra hipótese, surge o problema da responsabilidade civil, vindo também à tona a questão referente aos fundamentos do dever de indenizar, bem como a questão dos obrigados a tanto.

É nesse contexto que se insere o presente trabalho, voltado ao estudo dos diversos aspectos que envolvem a responsabilidade civil do juiz por dano decorrente da atividade jurisdicional. Trata-se de uma análise predominantemente descritiva dos referidos aspectos, e que tem por fonte de pesquisa a doutrina e a jurisprudência produzidas em derredor do assunto. Este trabalho se vale de institutos de direito administrativo, constitucional, civil e processual civil, e tenta relacioná-los para justificar as posições adotadas. A pesquisa não se deteve sobre as peculiaridades da prestação jurisdicional na área penal, embora as conclusões a que chegamos sobre a responsabilidade pessoal dos magistrados sirvam a estes de um modo geral.

Importa, ainda, destacar a importância do tema, que, em verdade, parece ter sido esquecido pela doutrina. De fato, a produção doutrinária atual tem dispensado muito mais atenção ao aspecto da responsabilidade civil do Estado por dano decorrente da demora para a efetiva entrega da prestação jurisdicional.

De nossa parte, preocupa-nos mais a aparente imunidade reservada ao juiz, que, por isso e enquanto isso, segue exercendo sua função sabendo-se protegido pelo Estado, descurando, portanto, dos cuidados inerentes ao dever jurídico a todos imposto de não causar prejuízos a outrem, pouco lhe importando agir de forma mais ou menos prudente. Preocupa-nos ainda mais essa situação quando se constata que a opção dos bacharéis em direito pela carreira da magistratura passou a se dar mais pela segurança e estabilidade que ela proporciona do que por verdadeira vocação. Nada mais perigoso, portanto, já que os juízes têm efetivamente o poder, seja por ação seja por indolente omissão, de interferir profundamente na vida e no destino de todos nós.

Entendemos, ainda, que o tema em foco se insere na temática maior da cidadania e efetividade dos direitos, uma vez que todo mecanismo que leve o juiz a responder pessoalmente por seus atos serve ao aprimoramento da prestação jurisdicional.

Daí porque é importante tentar arejar o tema, de modo a contribuir para o debate democrático em torno da questão. Para melhor apresentar nossa reflexão sobre os vários aspectos acerca da responsabilidade civil do juiz dano decorrente da atividade jurisdicional, o trabalho que se segue está dividido em cinco capítulos, assim estruturados:

No primeiro, intitulado INDEPENDÊNCIA E RESPONSABILIDADE, discorremos sobre poder e função jurisdicional, sobre a organização político-administrativa do Estado brasileiro e a organização de seus poderes, assim como sobre as garantias constitucionais da magistratura. O segundo capítulo – DIREITO E DEVER DE REGRESSO DO ESTADO EM FACE DO AGENTE – trata de questões acerca do direito de regresso e denunciação da lide em face do agente, bem como da legitimidade para figurar no pólo passivo da ação proposta pela vítima. O terceiro, intitulado RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO, aborda os elementos da responsabilidade civil do Estado; a seção apresenta ainda uma evolução histórica da responsabilidade civil estatal, a partir de suas fases e teorias; reflete sobre o debate instaurado em torno da norma inserida no § 6º do art. 37 da última Constituição Federal e sobre as excludentes da responsabilização civil do Estado. O quarto capítulo – RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO JU-

RISDICIAL – traz os argumentos que fundamentam algumas teorias sobre a responsabilidade civil por ato jurisdicional e responsabilidade civil por falha exclusiva da máquina judiciária. No quinto e último capítulo – RESPONSABILIDADE CIVIL DO JUIZ À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 –, abordamos os incisos I e II do art. 133 do Código de Processo Civil, discorrendo sobre a responsabilização por dolo e a responsabilização por recusa, omissão ou retardamento das providências a cargo do juiz; o capítulo também reflete sobre a legitimidade passiva na ação de ressarcimento de dano decorrente da atividade jurisdicional, sobre direito e dever de regresso do Estado em face do juiz e sobre a responsabilidade civil pessoal do juiz por dano decorrente de conduta culposa estranha à hipótese do inciso II do art. 133 do Código processual.

A seguir, apresentamos as Considerações Finais às quais foi possível chegar após a pesquisa e a decorrente escrita desta dissertação.

# 1 INDEPENDÊNCIA E RESPONSABILIDADE

## 1.1 PODER E FUNÇÃO JURISDICIONAL

Explicar a origem do poder demandaria ser possível assistir a formação da própria sociedade, anota Darcy Azambuja. Para o autor, “por muito que se recue na história, até onde alcançam os mais antigos documentos e monumentos, encontra-se sempre o homem vivendo em sociedade e com uma autoridade dirigindo a atividade do grupo”<sup>3</sup>.

Para J. J. Calmon de Passos, se “a sociedade é pressuposto essencial da condição humana, o poder, devemos também reconhecê-lo, é pressuposto essencial à sociedade”<sup>4</sup>. O autor defende que a ordem social depende da interação dos poderes político, ideológico e econômico, ao tempo em que o direito deve operar “como instrumento que lhe empresta segurança em face dos possíveis riscos de desconfirmação individual ou social do modelo institucionalizado”<sup>5</sup>.

O Estado, por sua vez, tem origem explicada de diversas formas, tanto pelo viés filosófico quanto pelo viés histórico. As teorias da origem familiar, da origem contratual, da origem patrimonial e da origem violenta do Estado são, ao lado da teoria da origem natural, as mais citadas pela doutrina<sup>6</sup>.

Para os limites deste trabalho, acreditamos ser bastante afirmar que o conviver humano em sociedade pressupõe a existência de um poder político e de um sistema jurídico. Para Wilson Alves de Souza, o “sistema político e o sistema jurídico existem integrados, de maneira que quem detém o poder diz o que é o direito e impõe coercitivamente o que decidiu estabelecer como direito”<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Segundo Azambuja, “o poder, pois, apresenta-se tão natural como a própria sociedade, e indagar da formação daquele é procurar surpreender a formação da sociedade, quer dizer: é trabalho de raciocínio, é de fatos certos, reais e presentes, inferir fenômenos presumíveis, que escapam à observação direta”. Cf. Darcy AZAMBUJA. **Teoria Geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Globo, 1990, p.91.

<sup>4</sup> José Joaquim Calmon de PASSOS. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.45.

<sup>5</sup> Id., Ibid., p.46.

<sup>6</sup> AZAMBUJA. Op. cit., p.97-106. O tema das origens do poder e do Estado e do próprio direito são referidos aqui de passagem e apenas à guisa de introdução, já que não é esse o foco de nossa atenção.

<sup>7</sup> Wilson Alves de SOUZA. **Acesso à Justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português. Coimbra: 2006, p.20.

Nessa mesma perspectiva, afirma J. J. Calmon de Passos:

A produção do direito, portanto, sempre foi reservada, e sempre o será, aos que, no grupo, se mostrem aptos a monopolizar o uso legítimo da força. Têmham sido eles os chefes de família gregos ou romanos, o patriarcado ou a aristocracia, a burguesia ou os estamentos burocráticos dos partidos únicos, se hegemônicos, monopolizarão o processo de produção do Direito.<sup>8</sup>

É certo igualmente afirmar que o direito produzido e estabelecido para regular a vida em sociedade é resultado direto da tensão entre as forças dos fatores reais de poder. Tais fatores podem ser entendidos como “a força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes”<sup>9</sup>.

Embora seja correto afirmar que quem detém o poder é quem diz, efetivamente, o que é o direito, é importante destacar que o poder aqui em foco não é algo isolado e estanque, sendo, antes, exercido de diferentes formas e em diferentes graus pelos vários grupos sociais, considerados, por isso mesmo, cada um à sua maneira, um fator real de poder. Destarte, o direito produzido e estabelecido deve corresponder, ao menos idealmente, ao resultado do embate permanente das forças desses vários grupos sociais.

Assim, aos grupos sociais interessa alcançar e preservar a estabilidade social indispensável à convivência em sociedade. A propósito, esclarece José Afonso da Silva que incumbe ao Estado, “como grupo social máximo e total”, “coordenar e impor regras e limites, em função dos fins globais que ao Estado cumpre realizar”<sup>10</sup>.

Ao procurar coordenar e impor regras e limites, o Estado termina por se obrigar a compor os conflitos que decorrem da vida em sociedade. Basta imaginar uma situação de “colisão ou confronto de vontades”<sup>11</sup>, ou seja, uma situação em que alguém acredita que um seu determinado “bem da vida”<sup>12</sup> encontra-se ameaçado pela conduta de outrem, que, por sua vez, res-

<sup>8</sup> PASSOS. Op. cit., p.93.

<sup>9</sup> Ferdinand LASSALE. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p.10-11.

<sup>10</sup> José Afonso da SILVA. **Comentário Contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.43.

<sup>11</sup> PASSOS. Op. cit., p. 28.

<sup>12</sup> “Bens da vida são todas as coisas, situações ou mesmo pessoas que de algum modo possam ser objeto de aspirações e de direitos. As coisas são bens materiais (móveis, imóveis), as situações relevantes para o direito são bens imateriais (p. ex., a liberdade ou o estado de casado) e as pessoas podem ser objeto de uma relação jurídica, p. ex., quando se trata de sobre elas exercer o pátrio-poder ou a guarda. Fala-se em bens da vida porque é em relação a eles que, na vida comum e independentemente de qualquer atividade processual, os direitos são exercidos e as pretensões incidem (pretensão, no sentido de aspiração ou atitude mental endereçada à obtenção ou conservação do bem da vida)”. Cf. Cândido Rangel DINAMARCO. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p.36.

guardadas as situações de má-fé, disputa o referido bem da vida por acreditar ter direito a ele. Conforme J. J. Calmon de Passos:

Há conflitos porque o móvel da atividade humana – as necessidades experimentadas pelos homens – não logram plena satisfação em virtude dos muitos condicionantes que no particular operam. [...] A escassez dos bens, a interdependência dos homens, a indeterminação dos desejos e sua insaciabilidade são fatores que se casam para determinar ocorram permanentemente conflitos na convivência social, cuja solução se faz necessária, em nome da própria sobrevivência coletiva.<sup>13</sup>

Os conflitos, portanto, precisam ser solucionados. A ausência de solução de uma disputa é algo que ameaça a estabilidade com que se espera contar na vida em sociedade.

É certo que as disputas podem ser solucionadas pelos próprios interessados, mediante composição voluntária de interesses contrapostos. Surgido o conflito, surgida a disputa sobre determinado bem da vida, nada impede que os próprios interessados abram mão de parte dos seus interesses para contornar o impasse e fazer desaparecer assim a disputa que, por algum tempo e de certa forma, abalou a estabilidade social.

Também é certo, por outro lado, que os conflitos poderiam ser resolvidos pela chamada autotutela dos próprios interesses. Ou seja, surgida a disputa, aquele que detivesse condição mais privilegiada, seja em termos de força econômica, seja em termos de força física, poderia impor sua vontade em detrimento da do outro.

Fica claro, a essa altura, que permitir, em regra, a autotutela dos próprios interesses equivaleria a impossibilitar a vida em sociedade. Significaria ignorar que toda a convivência social somente é possível em razão da institucionalização de regras de convivência que, por sua vez, têm como móvel exatamente impedir a quebra da estabilidade social. Nesse sentido, Ovídio Baptista, ressalta que “a vedação da autotutela constitui inafastável pressuposto de formação de qualquer sociedade organizada; não haveria, portanto, necessidade de norma que a proibisse”<sup>14</sup>.

Proibida a autotutela como regra, e não se podendo contar sempre com a composição voluntária de interesses contrapostos, o Estado tomou para si a função de pacificar os conflitos que surgem em sociedade.

<sup>13</sup> PASSOS. Op. cit., p. 38-39.

<sup>14</sup> Ovídio A. Baptista da SILVA. **Teoria Geral do Processo Civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.34.

De fato, conforme explicam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, quando passou a dispor de poder suficiente para proibir a autotutela, ou seja, para vedar “a realização das pretensões segundo o próprio poder do particular interessado”, o Estado assumiu em contrapartida a obrigação de pacificar os conflitos surgidos em sociedade, ofertando “àquele que não podia mais realizar o seu interesse através da própria força o direito de recorrer à justiça, ou o direito de ação”<sup>15</sup>.

É precisamente esta, portanto, a função jurisdicional, conforme Wilson Alves de Souza:

A função jurisdicional se caracteriza pelo julgamento dos conflitos entre os cidadãos ou entre estes e o próprio Estado, ou pela remoção de obstáculos postos pela própria ordem jurídica envolvendo interesses das pessoas, como terceiro desinteressado (imparcial) e em caráter substitutivo.<sup>16</sup>

Vale dizer que aquele que se encontrar envolvido em uma situação conflituosa, de “colisão ou confronto de vontades”<sup>17</sup>, deverá pedir ao Estado “que tome determinada providência: declare a existência ou a inexistência de uma relação jurídica, anule este ou aquele ato jurídico, condene o réu a pagar tal ou qual importância, a praticar ou a deixar de praticar certo ato etc.”<sup>18</sup>.

Com efeito, sendo vedada a autotutela e inexistindo possibilidade de compor voluntariamente determinado conflito, este deverá ser solucionado pelo Estado, que tem esse dever para com o seu cidadão.

## 1.2 A ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DO ESTADO BRASILEIRO E A ORGANIZAÇÃO DE SEUS PODERES

A Constituição de 1988 estabelece em seu Título III (arts. 18 a 43), dedicado à organização do Estado brasileiro, que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”<sup>19</sup>. Os artigos 25 e 27

<sup>15</sup> Luiz Guilherme MARINONI; Sérgio Cruz ARENHART. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. v.2. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p.33. Nesse sentido, segundo José Afonso da Silva: “Do quanto foi dito, extrai-se a constatação de que o Estado, ao proibir a autotutela, tornou-se devedor do meio através do qual o cidadão exercerá seu direito subjetivo real ou simplesmente afirmado. E este meio consistirá na prestação jurisdicional, que, antes de poder, constitui dever”. José Afonso da SILVA. Op. Cit., p.34.

<sup>16</sup> Wilson Alves de SOUZA. **Sentença civil imotivada**: caracterização da Sentença Civil Imotivada no Direito Brasileiro. Salvador: JusPODIVM, 2008, p.35.

<sup>17</sup> PASSOS. Op. cit., p.28.

<sup>18</sup> José Carlos Barbosa MOREIRA. **Novo Processo Civil Brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.10.

<sup>19</sup> CF/88, art. 18, *caput*.

do referido Título III impõem que Estados federados e Municípios, relativamente às Constituições e leis que adotarem, observem os princípios estabelecidos na Carta Magna.

O Título IV (arts. 44 a 135) da Constituição Federal de 1998, por sua vez, dedica-se à organização dos Poderes estatais, que, de acordo com o art. 2º do texto constitucional, são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Da contextualização dos citados dispositivos constitucionais, José Afonso da Silva chama atenção para a circunstância de que as expressões Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário têm duplo sentido, já que “exprimem, a um só tempo, as funções legislativas, executiva e jurisdicional e os órgãos que as exercem”. O autor explica que:

Poderes, no art. 2º, são os órgãos daquelas funções, por isso são independentes e harmônicos entre si. Já nos arts. 44 a 76 as expressões ‘Poder Legislativo’ e ‘Poder Executivo’ referem-se, respectivamente, às funções daqueles órgãos: legislativa e executiva. O Congresso Nacional (órgão) exerce o Poder Legislativo (função legislativa). O presidente da República (órgão) exerce o Poder Executivo (função executiva). No art. 92 se declara: ‘São órgãos do Poder Judiciário [...]’ – significa: órgãos da função jurisdicional – os que se enumera nos incisos do dispositivo.<sup>20</sup>

De fato, se ao Estado brasileiro incumbe exercer as funções jurisdicional, legislativa e executiva, tais funções estatais ou políticas manifestam-se através dos órgãos estatais<sup>21</sup>, que, para tanto, exercem os poderes respectivos. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles assinala que:

A vontade estatal apresenta-se e se manifesta através dos denominados Poderes de Estado. Os poderes de Estado, na clássica tripartição de Montesquieu, até hoje adotada nos Estados de Direito, são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si e com suas funções reciprocamente indelegáveis (CF, art. 2º).<sup>22</sup>

O autor pondera que não se trata de uma divisão absoluta de funções entre os três poderes estatais, “mas, sim, distribuição das três funções estatais precípuas entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu funcionamento, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível”<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> José Afonso da SILVA. Op. Cit., p.42. Grifos do autor.

<sup>21</sup> Id., Ibid., p.43.

<sup>22</sup> Hely Lopes MEIRELLES. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p.57.

<sup>23</sup> Id., Ibid., p.57. Cf. também: Yussef Said CAHALI. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.510.

### 1.2.1 Órgãos estatais primários

Os órgãos estatais, por seu turno, são conceituados pela doutrina como “centros de competência instituídos para o desempenho das funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem”<sup>24</sup>. A respeito da teoria do órgão ou da representação orgânica, explica Marçal Justen Filho:

A finalidade da concepção orgânica é afastar a idéia de que o órgão da pessoa jurídica seria seu ‘representante’, o que significaria a necessidade de identificar a vontade do representado (que não existe). O órgão forma e exterioriza a vontade da pessoa jurídica – vontade essa que não existe antes nem além da atuação desse órgão. Portanto, o órgão da pessoa jurídica não é um ‘mandatário’ dela e não se aplicam ao caso as teorias tradicionais de representação.<sup>25</sup>

Tem-se que os órgãos representativos dos referidos Poderes do Estado são classificados como independentes ou primários, já que originários do próprio texto constitucional e previstos por este para o exercício das funções precípua do Estado<sup>26</sup>. Daí decorre que os órgãos estatais independentes ou primários, à luz da organização político-administrativa do Estado, estão vinculados às pessoas jurídicas que compreendem o Estado brasileiro.

Assim, na esfera de sua competência político-administrativa, a União, por seus órgãos independentes, exerce as três funções estatais, ocorrendo o mesmo com os Estados da Federação. Os Municípios não possuem Poder Judiciário próprio e por isso não exercem função jurisdicional, mas apenas funções executiva e legislativa. José Afonso da Silva salienta que “o Poder Judiciário que atua nos Municípios (constituídos em comarcas) é o Estadual”<sup>27</sup>. De outro lado, de acordo com o art. 21, inciso XIII, da Constituição Federal, compete à União organizar e manter o Poder Judiciário do Distrito Federal.

As atribuições constitucionais de tais órgãos independentes ou primários são exercidas pessoalmente pelos agentes públicos, que, titularizando os cargos que integram os órgãos, são as

<sup>24</sup> MEIRELLES. Op. cit., p.63.

<sup>25</sup> Marçal JUSTEN FILHO. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.169. Grifos do autor.

<sup>26</sup> MEIRELLES. Op. cit., p.66.

<sup>27</sup> José Afonso da SILVA. Op. cit., p.303.

pessoas que concretamente infundem “vida, vontade e ação a essas abstrações legais”<sup>28</sup>.

### 1.2.2 Conceito de agente público

No que toca à conceituação de agente público, considera-se como tal toda pessoa natural que desempenhe qualquer função pública. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”<sup>29</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello considera que a expressão “agente público” abarca de forma geral e indistinta todos os que servem ao “Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente”<sup>30</sup>. Esse autor divide as categorias de agentes públicos em três grandes grupos: “a) agentes políticos; b) Servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de direito privado; c) Particulares em atuação colaboradora com o poder público”<sup>31</sup>. Essa é também a classificação adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>32</sup> e Dirley da Cunha Júnior<sup>33</sup>.

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, reparte os agentes públicos em quatro categorias diversas, a saber: “agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos e agentes delegados, que, por sua vez, se subdividem em subespécies ou subcategorias [...]”<sup>34</sup>.

### 1.2.3 Conceito de agente político – o juiz como agente político

No que diz respeito, especificamente, à caracterização dos agentes políticos, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que estes são os “titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder”.

<sup>28</sup> MEIRELLES. Op. cit., p.71.

<sup>29</sup> Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.422.

<sup>30</sup> Celso Antônio B. de MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.226.

<sup>31</sup> Ibid., p. 229.

<sup>32</sup> DI PIETRO. Op. cit., p.422.

<sup>33</sup> Dirley da CUNHA JÚNIOR. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: JusPODIVM, 2006, p.197.

<sup>34</sup> MEIRELLES. Op. cit., p.71.

O autor defende que são agentes políticos “apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes do Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores”<sup>35</sup>. Aduz esse autor:

Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da *civitas* e, por isso, candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade. A relação que os vincula ao Estado é de natureza institucional, estatutária. Seus direitos e deveres não advêm de contrato travado com o Poder Público, mas descendem diretamente da Constituição e das leis. [...].<sup>36</sup>

Marçal Justen Filho igualmente defende entendimento restritivo em relação à caracterização de agente político:

Os agentes políticos são os indivíduos investidos em mandado eletivo, no âmbito do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e aqueles que, por determinação constitucional, exercitam função de auxílio imediato ao Chefe do Poder Executivo, que são os Ministros de Estado no âmbito federal, os Secretários Estaduais e Municipais nas outras esferas federativas.

[...] Os magistrados são agentes estatais não políticos, integrantes do respectivo Poder Judiciário, titulares do exercício da função jurisdicional. São subordinados a regime jurídico comum aos servidores, mas com diferenças relevantes que estão previstas, basicamente, nos arts. 93 e 95 da CF/88.<sup>37</sup>

Para Hely Lopes Meirelles, no entanto, os agentes políticos devem ser assim considerados por conduzirem os negócios públicos com independência nas esferas de suas competências, sendo “autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição”<sup>38</sup>. Nessa linha de pensamento, Meirelles engloba, na categoria de agentes políticos, os seguintes agentes públicos:

Nesta categoria encontram-se os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, deputados e vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os membros dos

<sup>35</sup> MELLO. Op. cit., p.229.

<sup>36</sup> Ibid. p.230. Grifo do autor.

<sup>37</sup> JUSTEN FILHO. Op. cit., p.719; 728.

<sup>38</sup> MEIRELLES. Op. cit., p.73.

Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros); os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do servidor público<sup>39</sup>.

Com o foco voltado ao aspecto político da função, Dirley da Cunha Júnior define agentes políticos como “aqueles que exercem funções políticas e titularizam cargos ou mandatos de altíssimo escalão, somente se subordinando à Constituição Federal. São os agentes que ocupam o escalão máximo da estrutura orgânica do Estado”<sup>40</sup>. Para o autor, não assiste razão a Celso Antônio Bandeira de Mello quando este deixa de considerar os membros do Poder Judiciário como agentes políticos:

[...] Ousamos dissentir do ilustre mestre, tendo em vista que, ao contrário do que afirma, os juízes e promotores tomam importantes decisões políticas, que são fundamentais para um equilibrado sistema de freios e contrapesos. Os juízes, a par de exercerem uma das funções políticas do Estado, podem decidir a respeito da validade constitucional das leis e atos do poder público, inclusive para declarar suas inconstitucionalidades, cuja decisão se apresenta, inegavelmente, com um manifesto colorido de decisão política, já que com ela os membros do Poder Judiciário fiscalizam a supremacia da Constituição Federal e garantem a efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais, recusando a validade de atos emanados dos outros dois Poderes (do Legislativo, com a aprovação do projeto; e do Executivo, com a sanção).<sup>41</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, entende que a linha de pensamento adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de não considerar os membros do Poder Judiciário como agentes políticos, é a mais adequada, já que se deve associar a noção de agente político à idéia de governo, o que implica “fixação de metas, de diretrizes, ou de planos governamentais”<sup>42</sup>.

Não obstante tal entendimento, a autora reconhece a tendência da doutrina em considerar os membros do Poder Judiciário como agentes políticos, não porque exerçam funções políticas, “baseadas em critérios de oportunidade e conveniência”, mas porque suas atividades “correspondem ao exercício de uma parcela da soberania do Estado, consistente na função de dizer o direito em última instância”<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Id., *Ibid.*, p.74.

<sup>40</sup> CUNHA JÚNIOR. *Op. cit.*, p.198.

<sup>41</sup> Id., *Ibid.*, p.198-9.

<sup>42</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 423.

<sup>43</sup> Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 423.

É nesse último sentido o entendimento de Wilson Alves de Souza, para quem “o fundamental é que o juiz, como todo agente político, detém uma parcela de poder do Estado, age em nome da soberania estatal e com independência”<sup>44</sup>.

Com efeito, agindo em nome da soberania estatal para dizer o direito em última instância, os juízes o fazem na qualidade de agentes dos órgãos de um dos Poderes do Estado e com subordinação apenas à Constituição. Nesse contexto, devem, sim, ser considerados agentes políticos, tal como ocorre com os membros ou agentes dos Poderes Executivo e Legislativo.

Deve-se observar, por essa linha de pensamento, que, sendo agentes de órgãos estatais independentes ou primários representativos de Poder, os juízes estarão necessariamente vinculados ou à União ou aos Estados membros, que são as pessoas jurídicas de direito público interno que exercem função jurisdicional. Logo, enquanto a atuação de um juiz federal, membro do Poder Judiciário da União, é imputada à União, a atuação de um juiz estadual é imputada ao Estado federado com o qual esse juiz mantém vínculo como membro de Poder.

A consideração acima ganha especial relevo se observada à luz da disposição do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, bem como à luz do direito e do dever de regresso assegurado ao ente estatal. Ali está posto que as pessoas jurídicas de direito público “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”.

Assim, admitindo-se que o Estado deve reparar o prejuízo que eventualmente decorra da atividade jurisdicional, o dano que resulte da atuação de um juiz estadual obriga o Estado federado respectivo a responder pelo prejuízo. De outro lado, o dano resultante da atuação jurisdicional de um juiz federal obriga a União a ressarcir o prejudicado. Nessa linha, é certo afirmar, em princípio, que tanto a União quanto o Estado federado têm o direito – e o dever – de agir regressivamente em face do agente juiz, quando este tiver agido com dolo ou culpa nos moldes constitucionalmente previstos. A afirmação merece ressalvas, já que doutrina e jurisprudência, em se tratando de atividade jurisdicional, costumam limitar a extensão da referida norma constitucional.

---

<sup>44</sup> Wilson Alves de SOUZA. **Acesso à Justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português. Coimbra: 2006, p.359-360.

### 1.3 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA MAGISTRATURA

A esta altura, importa discorrer a respeito das garantias constitucionalmente asseguradas à magistratura, de modo a observar a convivência entre elas e o direito-dever do Estado de agir regressivamente em face dos juízes, quando estes, agindo com dolo ou culpa, causarem prejuízos que tenham sido reparados pelo Estado.

Conforme já salientado, os juízes agem em nome da soberania estatal para dizer o direito em última instância, fazendo-o na qualidade de agentes dos órgãos de um dos Poderes do Estado e com subordinação apenas à Constituição. Sob essa ótica, são considerados agentes políticos, tal como ocorre com os membros ou agentes dos Poderes Executivo e Legislativo.

Sendo o juiz agente político do órgão estatal encarregado de exercer a função jurisdicional, compete ao Estado, tanto no âmbito de sua organização político-administrativa quanto da organização de seus poderes, assegurar o exercício da referida função.

A Lei Complementar n.35, de 14 de março de 1979 (LOMAN), composta de 147 (cento e quarenta e sete) artigos distribuídos em 10 (dez) títulos, dedica o seu Título II às garantias da magistratura e às prerrogativas pessoais do magistrado.

O art. 25 do Capítulo I do Título II da referida lei dispõe que “os magistrados gozam das garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos”. O Capítulo II do referido Título II estabelece as prerrogativas pessoais do magistrado<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Art. 33 - São prerrogativas do magistrado:

I - ser ouvido como testemunha em dia, hora e local previamente ajustados com a autoridade ou Juiz de instância igual ou inferior;

II - não ser preso senão por ordem escrita do Tribunal ou do órgão especial competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável, caso em que a autoridade fará imediata comunicação e apresentação do magistrado ao Presidente do Tribunal a que esteja vinculado (vetado);

III - ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final;

IV - não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial;

V - portar arma de defesa pessoal.

Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

Art. 34 - Os membros do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral e do Tribunal Superior do Trabalho têm o título de Ministro; os dos Tri-

No que toca ao tema das garantias da magistratura, é válido afirmar que a disposição constante da Lei Complementar n.35/79 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988<sup>46</sup>, que, em seu art. 95, assegura aos juízes as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos subsídios<sup>47</sup>.

A Constituição de 1988 assegura o exercício da função jurisdicional, disciplinando a respeito das garantias do Poder Judiciário. Segundo José Afonso da Silva:

Essas garantias assim se discriminam: (a) garantias institucionais, as que protegem o Poder Judiciário como um todo, e que se desdobram em garantias de autonomia orgânico-administrativa e financeira; (b) garantias funcionais ou de órgãos, que asseguram a independência e a imparcialidade dos membros do Poder Judiciário, previstas, aliás, tanto em razão do próprio titular quanto em favor, ainda, da própria instituição.<sup>48</sup>

Quanto às garantias de ordem institucional, o art. 99 do texto constitucional estabelece que “ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira”. O art. 96, por sua vez, “dispõe sobre as garantias administrativo-orgânicas do Poder Judiciário”<sup>49</sup>.

As chamadas garantias funcionais estão dispostas no art. 95 do texto constitucional. Em seu *caput*, o art. 95 disciplina a respeito do que José Afonso da Silva nomeia como “garantias de independência dos órgãos judiciários”. Já o parágrafo único do artigo aqui em foco dispõe sobre as “garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários”<sup>50</sup>.

De acordo com o *caput* do art. 95 da Constituição, as chamadas garantias constitucionais de independência dos órgãos judiciários são a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade

---

bunais de Justiça, o de Desembargador; sendo o de Juiz privativo dos outros Tribunais e da Magistratura de primeira instância.

<sup>46</sup> Rui STOCO. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.1060.

<sup>47</sup> Art. 95 - Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; 47 III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Parágrafo único - Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária. IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Redação da EC nº 45 \ 31.12.2004) V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração." (Redação da EC nº 45 \ 31.12.2004).

<sup>48</sup> José Afonso da SILVA. Op. Cit., 2006, p.514.

<sup>49</sup> Id. Ibid., p.519.

<sup>50</sup> Ibid., p.514.

de dos subsídios. As garantias de imparcialidade, por sua vez, traduzem-se em vedações impostas aos juízes, conforme disciplinado no parágrafo único do art. 95 do texto constitucional<sup>51</sup>.

### 1.3.1 Garantias funcionais: imparcialidade e independência

Nesse ponto, considerando que são os juízes quem concretamente exercem a função política de natureza jurisdicional, importa concentrar a atenção nas garantias funcionais de independência e nas exigências de imparcialidade constitucionalmente previstas.

A respeito da garantia da vitaliciedade, esta consiste, segundo Alexandre de Moraes, “na garantia de somente perder o cargo por decisão judicial transitada em julgado”<sup>52</sup>.

Segundo José Afonso da Silva, não se trata de um privilégio, “mas de uma condição para o exercício da função judicante que exige garantias especiais de permanência e definitividade no cargo. É assim prerrogativa da instituição judiciária, não da pessoa do juiz”<sup>53</sup>.

O inciso I do art. 95 da Constituição prescreve que a garantia de vitaliciedade assegurada aos juízes só será adquirida, no primeiro grau, “após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado”. Aduz Gilmar Ferreira Mendes que “os Ministros do Supremo Tribunal Federal poderão perder o cargo por decisão do Senado Federal, nos casos de crime de responsabilidade, nos termos do art. 52, II, e parágrafo único, da Constituição de 1988”<sup>54</sup>.

A inamovibilidade, por sua vez, consiste em assegurar a “permanência do juiz no cargo para o

---

<sup>51</sup> CF/88, “Art. 95 [...] Parágrafo único: Aos juízes é vedado: I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II – receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III – dedicar-se à atividade político-partidária; IV – receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V – exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração”.

<sup>52</sup> Alexandre de MORAES. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002, p.209.

<sup>53</sup> José Afonso da SILVA. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.590.

<sup>54</sup> Gilmar Ferreira MENDES. In: Gilmar Ferreira MENDES; Inocêncio Mártires COELHO; Paulo G. G. BRANCO. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.975.

qual foi nomeado, não podendo o Tribunal e menos ainda o governo designar-lhe outro lugar, onde deva exercer suas funções (art. 95, II)”<sup>55</sup>.

Conforme salientam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco,

[a] inamovibilidade consiste em não se permitir, sem seu consentimento, a remoção de um juiz, de um lugar para outro (art. 95, inc. II). Abrangem-se na inamovibilidade o grau, a sede, a comarca ou a seção judiciária, o cargo, o tribunal e a câmara. A inamovibilidade não pode sofrer exceção sequer em caso de promoção, sem consentimento do magistrado. Em caso de interesse público, porém, reconhecido pelo voto de dois terços dos membros efetivos do tribunal, dispensa-se essa anuência (art. 93, inc. III).<sup>56</sup>

A irredutibilidade do subsídio, por sua vez, diz respeito à impossibilidade de este ser diminuído, com a ressalva constante do próprio inciso III do art. 95 da Constituição<sup>57</sup>.

Enquanto as garantias de independência asseguram condições para o adequado exercício da função jurisdicional, a garantia funcional de imparcialidade é, em verdade, uma exigência de imparcialidade imposta ao magistrado. Tal exigência visa, em última análise, salvaguardar a natureza mesma da função jurisdicional, já que o agir do agente encarregado dessa função deve ser o de um terceiro desinteressado e, por isso, imparcial<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> José Afonso da SILVA. Op. cit., 2006, p. 590.

<sup>56</sup> Antônio Carlos de ARAÚJO CINTRA; Ada Pellegrini GRINOVER; Cândido Rangel DINAMARCO. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.181.

<sup>57</sup> CF/88, Art. 95, inciso III - “irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (*Redação da EC nº 19, de 04/06/98*)”.

<sup>58</sup> Prescreve o Código de Ética da Magistratura, de recente iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, publicado no DJ, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008, Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, que o magistrado independente e imparcial deve observar as seguintes normas de conduta: “[...] CAPÍTULO II INDEPENDÊNCIA Art. 4º Exige-se do magistrado que seja eticamente independente e que não interfira, de qualquer modo, na atuação jurisdicional de outro colega, exceto em respeito às normas legais. Art. 5º Impõe-se ao magistrado pautar-se no desempenho de suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos. Art. 6º É dever do magistrado denunciar qualquer interferência que vise a limitar sua independência. Art. 7º A independência judicial implica que ao magistrado é vedado participar de atividade político-partidária. CAPÍTULO III IMPARCIALIDADE Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito. Art. 9º Ao magistrado, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação. Parágrafo único. Não se considera tratamento discriminatório injustificado: I - a audiência concedida a apenas uma das partes ou seu advogado, contanto que se assegure igual direito à parte contrária, caso seja solicitado; II - o tratamento diferenciado resultante de lei. [...]”. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 1º set. 2009. A Lei Complementar n. 35/79 trata do tema em seu art. 35, cujo inciso I dispõe ser dever do magistrado “cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício”. Já o art. 40, inserido no Capítulo II da referida Lei n. 35/79, dedicado às penalidades, ressalva que a “atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado”.

### 1.3.2 Independência e imparcialidade como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional

O que se observa, nessa linha de pensamento, é que independência e imparcialidade não se confundem com as garantias respectivas asseguradas no texto constitucional.

De fato, garante-se o exercício da função, assegurando-se ao seu agente condições sem as quais a função não poderia ser adequadamente exercida. O juiz deve ser independente e imparcial porque a função a ele atribuída requer essa independência e essa imparcialidade. O juiz que não agir assim estará se desviando das regras de conduta a ele impostas, inclusive processuais, e, ao mesmo tempo e tão importante quanto, afrontando a natureza mesma do encargo a ele confiado.

Tem-se, portanto, que os juízes devem possuir as qualidades de independência e imparcialidade. Sem que sejam independentes e imparciais, eles estarão desvirtuando a própria natureza da função a eles constitucionalmente confiada.

De outro lado, independência e imparcialidade também devem ser vistas como condições que asseguram adequado desempenho daquela função. Tais condições se traduzem concretamente nas regras que garantem aos juízes a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade dos vencimentos.

Todavia, não é porque ao juiz são asseguradas vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio que ele será, somente por isso, independente. Da mesma forma, não é porque do juiz é exigido um agir imparcial que somente por isso ele o será. Acima de tudo, o magistrado deve desejar manifestar a sua independência e a sua imparcialidade.

Como observado por Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Como sujeito imparcial do processo, investido de autoridade para dirimir a lide, o juiz coloca-se *super et inter partes*. Sua superior virtude, exigida legalmente e cercada de cuidados constitucionais destinados a resguardá-la, é a imparcialidade. A qualidade de terceiro estranho ao conflito em causa é es-

sencial à condição de juiz.<sup>59</sup>

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari defende que o juiz consciente de suas responsabilidades tem obrigação de defender sua independência.

Longe de ser um privilégio para os juízes, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes imparciais para harmonização pacífica e justa dos conflitos de direitos. A rigor, pode-se afirmar que os juízes têm a obrigação de defender sua independência, pois sem esta a atividade jurisdicional pode, facilmente, ser reduzida a uma farsa, uma fachada nobre para ocultar do povo a realidade das discriminações e das injustiças.<sup>60</sup>

Mauro Cappelletti considera que a independência do juiz funciona para salvaguardar-lhe a imparcialidade. Para esse autor, a imparcialidade do juiz, juntamente com a possibilidade de as partes fazerem valer em juízo as próprias razões, “consideraram-se por séculos como as duas regras fundamentais – as ‘regras da justiça natural’ ou ‘rules of natural justice’ – do processo judiciário”<sup>61</sup>. O autor pondera ainda que tanto a possibilidade de as partes fazerem valer em juízo suas próprias razões quanto a imparcialidade do juiz dependem de circunstâncias favoráveis, sendo que uma dessas circunstâncias é a existência de um juiz independente às pressões exercidas sobre ele: “pressões externas do poder político (independência no significado central e tradicional do termo) e de outros centros de poder, públicos e privados, e pressões internas ao próprio ordenamento judiciário e também por obra das próprias partes”<sup>62</sup>.

É de ciência geral que a pressão exercida sobre a magistratura e, em consequência, sobre os juízes, é enorme. Não é por outra razão que Fábio Perianro de Almeida Hirsch chega a afirmar que ao Poder Judiciário incumbe a árdua tarefa de “causar insatisfação nos demais” Poderes, uma vez que tem como atribuição:

- a) verificar, fundamentadamente, se as leis elaboradas o foram com a qualidade do parâmetro constitucional, inquinando-as de ineficazes ou mesmo de inválidas (nulas), com os efeitos próprios decorrentes de tais juízos;
- b) se as atividades de fiscalização foram exercidas, pelo Poder Legislativo, dentro do respeito aos direitos e garantias constitucionalmente fixadas, em especial quando refletirem sobre particulares diretamente e;

<sup>59</sup> Antônio Carlos de Araújo CINTRA; Ada Pellegrini GRINOVER; Cândido Rangel DINAMARCO. Op. Cit., p. 313. Grifo dos autores.

<sup>60</sup> Dalmo de Abreu DALLARI. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 45.

<sup>61</sup> Mauro CAPPELLETTI. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, p.33. Grifos do autor.

<sup>62</sup> Id., Ibid.

c) o mais relevante e penoso, se os atos administrativos em gênero foram realizados e são exercitados em conformidade com a norma constitucional – no mais das vezes limitando a vontade do governante, em sacrifício de sua paciência e das aspirações que lhe motivavam.<sup>63</sup>

É nesse mesmo sentido o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes:

As garantias do Poder Judiciário, em geral, e do magistrado, em particular, destinam-se a emprestar a conformação de independência que a ordem constitucional pretende outorgar à atividade judicial. Ao Poder Judiciário incumbe exercer o último controle da atividade estatal, manifeste-se ela por ato da Administração ou do próprio Poder Legislativo (controle de constitucionalidade). Daí a necessidade de que, na sua organização, materialize-se a clara relação de independência do Poder Judiciário e do próprio juiz em relação aos demais poderes ou influências externas.<sup>64</sup>

Por isso, tem razão Dalmo de Abreu Dallari quando afirma que:

A magistratura deve ser independente para que se possa orientar no sentido da justiça, decidindo com equidade os conflitos de interesses. O juiz não pode sofrer qualquer espécie de violência, de ameaça ou de constrangimento material, moral ou psicológico. Ele necessita da independência para poder desempenhar plenamente suas funções, decidindo com serenidade e imparcialidade, cumprindo verdadeira missão no interesse da sociedade. Assim, pois, segundo essa visão ideal do juiz, mais do que este, individualmente, é a sociedade quem precisa dessa independência, o que, em última análise, faz o magistrado incluir-se entre os que devem zelar pela existência da magistratura independente.<sup>65</sup>

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ressaltam, ademais, o aspecto da independência jurídica dos magistrados:

Além dessa independência política e estribada nela, existe ainda a denominada independência jurídica dos juízes, a qual retira o magistrado de qualquer subordinação hierárquica do desempenho de suas atividades funcionais; o juiz subordina-se somente à lei, sendo inteiramente livre na formação do seu convencimento e na observância dos ditames de sua consciência.

A hierarquia dos graus de jurisdição nada mais traduz do que uma competência de derrogação e nunca uma competência de mando da instância superior sobre a inferior. A independência jurídica, porém, não exclui a atividade censória dos órgãos disciplinares da Magistratura sobre certos aspectos da

---

<sup>63</sup> Fábio Periandro de Almeida HIRSCH. O Poder Judiciário brasileiro e a reforma pela Emenda n. 45/2004: uma análise pelos olhos de Konrad Hesse e Ferdinand Lassale. In: Fredie DIDIER JR.; Edvaldo BRITO; Saulo José Casali BAHIA (Coord.). **A Reforma do Judiciário de acordo com EC n. 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.105.

<sup>64</sup> MENDES. Op. cit., p.975.

<sup>65</sup> DALLARI. Op. cit., p.46-7.

conduta do juiz.<sup>66</sup>

O juiz, com efeito, deve manter sua independência a qualquer custo. Deve-se lembrar, a propósito, que os juízes são agentes de órgãos estatais independentes ou primários representativos de Poder, estando, por isso, necessariamente vinculados ou à União ou aos Estados membros, que são as pessoas jurídicas de direito público interno que exercem função jurisdicional. Tal vinculação, no entanto, tampouco pode comprometer a imparcialidade do magistrado independente.

Assim, se a “imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes”, que, por isso, têm o direito de exigir um juiz imparcial<sup>67</sup>, tem-se que a independência e a imparcialidade da magistratura devem ser inerentes a todo Estado que se proclama democrático de direito<sup>68</sup>.

A independência e a imparcialidade dos juízes, quer sejam vistas como qualidades pessoais, quer sejam vistas como condições que asseguram o exercício da função através da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, servem à própria sociedade, que busca, por seus diversos grupos sociais, alcançar e preservar a estabilidade social indispensável à convivência humana.

Logo, mais do que simplesmente solucionados, os conflitos surgidos em sociedade devem ser solucionados em conformidade com leis previamente estabelecidas para esse fim e mediante atuação que honre as garantias constitucionais que assegurem e exijam independência e imparcialidade dos agentes estatais encarregados desse mister. Fazendo valer tais garantias constitucionais mediante atuação independente e imparcial, o juiz estará verdadeiramente manifestando a vontade do Estado e, em conseqüência, contando com todo o aparato estatal para fazer valer a sua decisão.

Com efeito, quando amiúde se afirma que “decisão judicial não se discute, se cumpre”, é por-

---

<sup>66</sup> Antônio Carlos de Araújo CINTRA; Ada Pellegrini GRINOVER; Cândido Rangel DINAMARCO. Op. cit., p.178-179.

<sup>67</sup> Id., Ibid., p.58.

<sup>68</sup> Segundo Inocêncio Mártires Coelho, “entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos”. Cf. Gilmar F. MENDES; Inocêncio M. COELHO, Paulo G. G. BRANCO. Op. cit., p.171.

que se sabe que ela enfeixa e encerra não apenas a voz do Poder Judiciário, mas sim, sobretudo, a voz e o Poder – uno – do próprio Estado, que, por sua vez, reflete a vontade de sua Constituição. De fato, se o direito produzido e estabelecido deve corresponder ao resultado do embate das forças dos fatores reais de poder, e se é desse embate que resulta a Constituição de um Estado, é essa Constituição que, imprimindo “ordem e conformação à realidade política e social”<sup>69</sup>, impõe aquele cumprimento e afasta aquela discussão.

Assim, não pode restar dúvida a respeito do caráter de instrumento de que se revestem as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios, já que são essas garantias que proporcionam as condições para a independência e a imparcialidade do magistrado.

### 1.3.3 Tipos de responsabilidade judicial

Sendo correto afirmar que as garantias constitucionais asseguradas aos juízes para adequado exercício da função servem mais à sociedade que à pessoa do magistrado, será igualmente correto afirmar que tais garantias não impedem a sua ampla responsabilização.

Segundo Hélio Tornaghi, “em sua atividade, está o juiz sujeito a três tipos de sanções: disciplinares, penais e civis”<sup>70</sup>. Afinal, conforme anotado por Giovanni Ettore Nanni, “em virtude do poder que é outorgado aos juízes, eles devem prestar contas de seus atos perante a sociedade, sendo inclusive responsáveis civilmente pelos danos causados”<sup>71</sup>.

Entendemos, com apoio em Mauro Cappelletti, que a tarefa de procurar responsabilizar o juiz não atenta contra a independência de que este não pode prescindir<sup>72</sup>. Em verdade, o Estado-juiz encontra-se sujeito ou pode sujeitar-se a formas variadas de responsabilidade<sup>73</sup>. Combi-

<sup>69</sup> Konrad HESSE. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAF, 1991, p.13-15.

<sup>70</sup> Hélio TORNAGHI. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v.1: arts. 1º a 153. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p.407.

<sup>71</sup> Giovanni Ettore NANNI. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.92.

<sup>72</sup> CAPPELLETTI. *Op. cit.*, p.12-3.

<sup>73</sup> A propósito, nota Zulmar Fachin que a circunstância de o poder estatal ser único e indivisível gera duas conseqüências imediatas: “a) superação de todas as teorias que procuram tornar o Estado irresponsável pelos prejuízos causados em decorrência da atividade jurisdicional; b) imposição do dever de indenizar os prejuízos que o Estado causar a alguém pelo exercício da atividade jurisdicional”. Cf. Zulmar FACHIN. *Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.65-66.

nando as existentes em distintos ordenamentos jurídicos, Mauro Cappelletti identificou quatro tipos de responsabilidade judicial:

- A) Responsabilidade política, seja do juiz individualmente, seja da magistratura em grupo. Aqui distinguirei dois subtipos principais: (i) responsabilidade em face dos poderes políticos; e (ii) responsabilidade constitucional.
- B) Responsabilidade social, ou seja, perante o público em geral. Mesmo este tipo de responsabilidade pode referir-se tanto ao juiz como indivíduo, quanto ao judiciário no seu conjunto.
- C) Responsabilidade jurídica do Estado (substitutiva), que pode ser (i) exclusiva, ou (ii) concorrente com a responsabilidade pessoal do juiz.
- D) Responsabilidade jurídica (pessoal) do juiz, que pode ser (i) penal, (ii) civil, (iii) disciplinar. Um subtipo ulterior de responsabilidade pessoal é a ‘restitutória’ (ou ‘compensatória’) do Estado, com base na qual pode o juiz ser obrigado a ressarcir o Estado, no todo ou em parte, do prejuízo por este sofrido, enquanto ‘substitutivamente’ responsável, perante as pessoas prejudicadas pelo comportamento do próprio juiz.<sup>74</sup>

Em função do nosso particular interesse em apresentar um panorama a respeito da responsabilidade pessoal civil do juiz por danos decorrente da atividade jurisdicional, não nos deteremos sobre as demais formas de responsabilização do magistrado.

---

<sup>74</sup> CAPPELLETTI. Op. cit., p.36. Grifos do autor.

## 2 DIREITO E DEVER DE REGRESSO DO ESTADO EM FACE DO AGENTE

### 2.1 INTRODUÇÃO

Conforme exposto anteriormente, a Constituição de 1988 assegura em seu art. 37, parágrafo 6º, o direito de regresso às pessoas jurídicas de direito público que responderem civilmente “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”. No que toca ao agente juiz, a pessoa jurídica de direito público interno legitimada a acionar regressivamente o magistrado será ou um dos Estados membros da Federação ou a própria União, a depender da pessoa jurídica à qual o agente público esteja vinculado.

Esse direito de regresso, por sua vez, há de necessariamente ser exercido pela pessoa jurídica de direito público em face do agente causador do dano. De fato, o Estado tem o dever de acionar regressivamente o agente causador do dano sempre que, em razão de ato culposo ou doloso deste, se vir obrigado a indenizar o prejudicado. Daí porque, conforme observado por Gilmar Ferreira Mendes, “conexo à idéia de responsabilidade civil do Estado, revela-se necessário trabalhar o conceito de direito de regresso (art. 37, § 6º, da CF/88), para permitir que o agente público seja também acusado e tenha plena noção dessa responsabilidade”<sup>75</sup>.

É certo, assim, que a previsão constitucional inserida no § 6º do art. 37 contempla não só o direito ali expressamente assegurado, mas também o dever que a pessoa jurídica tem de buscar o ressarcimento do quanto eventualmente desembolsado em razão de ato danoso de um seu agente<sup>76</sup>.

Com efeito, desde que se aceite a concepção defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello quanto à existência de um regime jurídico-administrativo cuja disciplina normativa se baseia nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, e da indisponibilidade, pela Administração, do interesse público, então será certo que a Administração tem, de fato, o dever de buscar o ressarcimento acima referido. A propósito, diz o referido autor:

---

<sup>75</sup> Gilmar Ferreira MENDES. In: Gilmar F. MENDES; Inocêncio M. COELHO; Paulo G. G. BRANCO. Op. cit., p.886.

<sup>76</sup> “O dever de ressarcir-se dos valores despendidos para pagamento da indenização de dano causado pelo agente que agiu com dolo ou culpa é indisponível. Ao administrador público não resta alternativa que não seja cumprir seu dever, acionando o agente faltoso”. Cf. Zulmar FACHIN. Op. cit., p.236.

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.<sup>77</sup>

Ora, é fora de qualquer dúvida que à coletividade interessa evitar desperdício de dinheiro público, vale dizer, de recursos por ela arrecadados para atender interesses dela própria. Quando o Estado é condenado a indenizar prejuízo decorrente de ato danoso de um seu agente, em verdade é a coletividade quem pagará a conta, uma vez que o Estado não dispõe de recursos outros que não os que arrecada junto à ela própria. Ou seja, o Estado utilizará – desperdiçará – dinheiro público que poderia ser usado – com o perdão do lugar-comum – em saúde, educação, segurança ou mesmo na melhoria do aparelhamento judiciário, para indenizar dano decorrente de ato imputável única e exclusivamente à culpa ou ao dolo de seus agentes.

Ocorre que a ordem jurídica garante o direito de regresso do Estado em face do agente que, por dolo ou culpa, tenha causado prejuízo a terceiro. Vale dizer que, configurada a hipótese legal, ao Estado é, ao mesmo tempo, assegurado o direito e imposto o dever de tentar reembolsar o quanto desembolsou. De fato, se o Estado não exerce esse direito, está desperdiçando dinheiro público, descumprindo, portanto, do dever que a própria ordem jurídica lhe impõe, que

---

<sup>77</sup> Celso Antônio Bandeira de MELLO. Op. cit., p. 34. Grifo do autor. Segundo Gustavo Binbenroth, o princípio da supremacia do interesse público enquanto marco teórico do Direito Administrativo cedeu lugar à novel sistemática constitucional que busca a realização de juízos de ponderação proporcional para estabelecer qual direito deve prevalecer quando do conflito entre direitos fundamentais. Defende que não há mais que se falar em “prevalência a priori e descontextualizada dos interesses coletivos sobre os direitos individuais”. Aduz esse autor: “se o interesse público, por ser um conceito jurídico indeterminado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas, qual o sentido em falar-se num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução (isto é, ao interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo desse “interesse público” obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, é uma tautologia. Daí propor-se que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer”. Cf. Gustavo BINENBOJTH. **Temas de direito administrativo e constitucional** – artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.9. Luís Roberto Barroso, por sua vez, entende que ainda há lugar para se falar em supremacia do interesse público. Partindo da tradicional distinção entre interesse público primário e interesse público secundário, defende esse autor que “o interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. Deverá ele pautar todas as relações jurídicas e sociais – dos particulares entre si, deles com as pessoas de direito público e destas entre si. O interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação; ele é o parâmetro da ponderação. [...]”. E para situação que envolva conflito “entre o interesse público primário consubstanciado em um meta coletiva e o interesse público secundário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental”, sustenta que a solução desse tipo de colisão requer a utilização de dois parâmetros: a dignidade humana e a razão pública. Cf. Luís Roberto BARROSO. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p.71.

é o de zelar pelo interesse público<sup>78</sup>.

Como diz Rui Stoco:

[...] o exercício do direito de regresso pela Fazenda Pública em face do seu preposto é obrigatório, não facultativo.

Não exercido esse direito, posto não se enquadrar no poder discricionário do administrador, poderá concretizar-se o crime de prevaricação e, ainda, porque ofende aos princípios da legalidade e da moralidade, configurar improbidade administrativa.<sup>79</sup>

Demais disso, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que a norma constitucional aqui em foco “volta-se à proteção do patrimônio público, ou da pessoa de Direito Privado prestadora de serviço público”<sup>80</sup>.

Conclui-se, portanto, que, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público, a pessoa jurídica de direito público estará sempre obrigada a acionar o agente causador de dano quando da ocorrência da hipótese legal aqui em foco.

## 2.2 DIREITO DE REGRESSO E DENUNCIÇÃO DA LIDE EM FACE DO AGENTE

A seção III do Capítulo VI, artigos 70 a 76, do Código de Processo Civil contempla o instituto da denúncia da lide, que “é a demanda com que a parte provoca a integração de um terceiro ao processo pendente, para o duplo efeito de auxiliá-lo no litígio com o adversário comum e de figurar como demandado em um segundo litígio”<sup>81</sup>. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “trata-se da ação de garantia, que se admite em casos nos quais o denunciante defende em face de terceiro, dito denunciado, um alegado direito de regresso (art.70, incs. I-II) ou um direito no qual se diz sub-rogado (inc. III)”<sup>82</sup>.

Sydney Sanches anota que não é todo direito de regresso que admite o manejo da ação regressiva referida no inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil. O autor defende que, pela

<sup>78</sup> Ainda que esse interesse público seja qualificado como secundário, do erário, “que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas”. Cf. Luís Roberto BARROSO. Op. cit., p.69.

<sup>79</sup> Rui STOCO. Op. cit., p.260.

<sup>80</sup> MELLO. Op. cit., p. 840.

<sup>81</sup> Cândido Rangel DINAMARCO. Op. cit., 2002, p.397.

<sup>82</sup> Id., Ibid., p.399.

regra do art. 77, I, do CPC, “se o fiador é demandado para pagar a dívida do afiançado, pode chamar ao processo este último”<sup>83</sup>. Sanches anota, ainda, que a denunciação da lide amparada no inciso III do art. 70 do CPC é “para que o denunciado preste ao denunciante a garantia a que se obrigou, quando lhe transmitiu o direito pessoal”<sup>84</sup>, bem como que a garantia que ampara a denunciação seja própria, decorrente de transmissão de direito, de modo a afastar a possibilidade de “deduzir qualquer pretensão meramente regressiva, i.e., que não se funde na obrigação do denunciado de prestar garantia ao denunciante – garantia propriamente dita”<sup>85</sup>.

Seguindo esse raciocínio, Sanches afirma que, da exegese do inciso III do art. 70 do CPC, é possível extrair que tal inciso “pretendeu autorizar a denunciação da lide mediante simples afirmação e comprovação de que o denunciado está obrigado pela lei ou pelo contrato a automaticamente lhe prestar a garantia em caso de derrota”<sup>86</sup>, para em seguida posicionar-se contrário à tese segundo a qual qualquer pretensão de regresso possa ser deduzida mediante denunciação da lide. E, com apoio em Vicente Greco Filho, arremata assim sua concepção restritiva das hipóteses de cabimento da denunciação da lide com amparo no inciso III do art. 70 do CPC:

Por isso concordamos com Grecco, quando conclui: ‘só é admissível a denunciação nos casos de garantia automaticamente decorrente da lei ou do contrato, ficando proibida a intromissão de fundamento novo, não constante da ação originária; a denunciação não pode transformar-se em instrumento de denegação de justiça para o autor, alheio à relação de garantia’.<sup>87</sup>

Sanches reconhece, porém, que a doutrina diverge em torno do assunto, apontando entendimentos no sentido de que o direito de regresso pode ser exercido mediante o manejo da ação regressiva tratada pelo inciso III do art. 70 do CPC, ainda que esse direito de regresso, segundo afirma, não se funda em garantia própria e automaticamente decorrente de lei ou de contrato.

É o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, que admite a possibilidade de a denunciação da lide ocorrer mesmo nos casos que não contem com a chamada garantia própria, admitindo, portanto, de forma ampla, a intromissão de questões alheias àquelas postas pelo autor para obter a satisfação de seu direito, conforme se vê do trecho abaixo reproduzido.

---

<sup>83</sup> SANCHES. Op. cit., p.118.

<sup>84</sup> Id., Ibid., p.120.

<sup>85</sup> Ibid., p.121.

<sup>86</sup> Ibid., p.122.

<sup>87</sup> Ibid., p.123. Grifos do autor.

A mais profunda das polêmicas que o inc. III suscitou é a da admissibilidade ou inadmissibilidade da denúncia da lide quando esta inserir no processo novas questões que ampliem o objeto do conhecimento do juiz, ocasionando demoras na instrução. Impressionados com conhecidíssima posição doutrinária (Vicente Greco Filho), os tribunais brasileiros passaram a rejeitar a litisdenúncia quando isso acontece, mas sem razão. A tese da inadmissibilidade apóia-se em conceitos e distinções vigentes no direito italiano, que no Brasil inexistem – especialmente na distinção entre garantia própria e imprópria. Na Itália, em caso de garantia própria a parte tem a faculdade de fazer a *chiamata in garanzia* (equivalente da litisdenúncia brasileira) e, quando a garantia for imprópria, ela dispõe do *intervento coatto*, que produz efeitos análogos ao daquela. No Brasil, em que inexistente essa segunda modalidade, a distinção proposta deixaria a parte sem qualquer possibilidade de trazer o terceiro ao processo. O resultado, sumamente injusto, consistiria em privar a parte dos benefícios da litisdenúncia, a saber: ela necessitaria de propor depois a sua demanda pelo ressarcimento, com o risco de voltar a sucumbir em face do garante. [...].<sup>88</sup>

A divergência de posicionamentos acima exposta repercute sobre o entendimento doutrinário a respeito da forma pela qual o direito de regresso previsto constitucionalmente deve ser exercido em face do agente causador do dano, quando este tiver agido com dolo ou culpa.

Discute-se se o agente deve ser denunciado da lide indenizatória proposta pelo prejudicado em face da Fazenda Pública com base no inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil, ou se somente em sede de ação autônoma de indenização é que o agente pode ser demandado para reembolsar o quanto desembolsado pelo Estado.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart mostram-se favoráveis à denúncia da lide pela pessoa jurídica ao agente causador do dano, com vistas a possibilitar ampla investigação em torno do assunto, já que está em jogo o patrimônio público. É o que sustentam:

Também este é o caso da responsabilidade subsidiária, mantida pelo servidor público em relação à responsabilidade objetiva pelos danos causados pela execução de serviço público (art. 37, § 6º, da CF). Particularmente, em relação a esse caso, discute-se sobre a possibilidade ou não da efetivação da de-

<sup>88</sup> DINAMARCO. Op. cit., 2002, p.403-4. Quanto à utilização da denúncia da lide em situação que não contemple exatamente regresso, mas sim sub-rogação, esclarece esse autor: “[...] Em alguns casos a obrigação de ressarcir, indicada nesse dispositivo, caracteriza-se como autêntica obrigação regressiva, mas há também hipótese em que se trata de sub-rogação no crédito e não, propriamente, de direito de regresso. Tem-se sub-rogação quando alguém, se vier a desembolsar dinheiro, pelo valor que desembolsar tornar-se-á credor no lugar daquele que o era – e isso não é regresso. Fala a doutrina italiana, a propósito de dispositivo semelhante, na pessoa que paga dívida alheia, sendo titular de uma garantia própria a ser prestada pelo devedor em cujo benefício pagar. A redação do inc. III do art. 70, bastante ampla e traçada em termos louvavelmente genéricos (Barbosa Moreira), inclui casos de verdadeiros direitos regressivos e também casos de sub-rogação; nem seria útil buscar a precisa distinção entre essas duas categorias, com o objetivo de delimitar a admissibilidade da denúncia da lide, até porque a doutrina e a própria lei não são suficientemente claras nessa distinção”. Cf. Id., Ibid. p.402. Grifos do autor.

nunciação. Há quem sustente que não é possível a denunciação por conta da intromissão, no processo, de argumento novo, não presente na demanda original – afinal, a responsabilidade do Estado é objetiva (independe de dolo ou culpa), enquanto a do servidor é subjetiva, dependendo da avaliação de culpa deste –, o que viria a prejudicar a aceleração processual, decorrente da exclusão da matéria ‘culpa’ desse processo. Hoje, porém, prepondera a orientação no sentido do cabimento da denunciação, mormente considerando que está em jogo o patrimônio público, que, como elemento indisponível pertencente a toda coletividade, depende da mais pronta reintegração.<sup>89</sup>

Para Athos Gusmão Carneiro, “à União, ré na ação indenizatória, será possível, mediante a denunciação da lide, exercer de logo a ação regressiva contra o funcionário cuja ação ou omissão tenha dado causa ao dano”<sup>90</sup>. Aduz esse autor:

O funcionário, citado, será réu na ação regressiva, e litisconsorte da União na ação principal; na denunciação poderá defender-se negando, v.g., dolo ou culpa de sua parte; na ação principal, v.g., invocará a inexistência de dano, ou discutirá seu valor.<sup>91</sup>

A propósito, o referido autor cita trecho de voto de Barbosa Moreira como relator da AC 8.995, do TJRJ, ac. de 17-10-1978, RePro, 34:230:

Não colhe o argumento em contrário, às vezes suscitado, de que a denunciação da lide ao funcionário introduz no processo novo ‘*thema decidendum*’, por depender da ocorrência de culpa ou dolo daquele o reconhecimento do direito regressivo da pessoa jurídica de direito público. Tal argumento prova demais, porque com a denunciação, em qualquer caso, se introduz novo ‘*thema decidendum*’ questioná-lo equivaleria a pensar que algum denunciado fique impedido de defender-se negando a obrigação de reembolsar o denunciante, isto é, contestando o direito regressivo deste. Na verdade, a nenhum denunciado se recusa a possibilidade de contestá-lo. Pouco importa que ela se relacione com a exigência de dolo ou culpa ou com qualquer outra circunstância: a situação é sempre, substancialmente, a mesma.<sup>92</sup>

Rui Stoco assume posição contrária à denunciação da lide do agente em ação indenizatória proposta pelo prejudicado em face da Fazenda Pública. Ilustrando ainda mais a divergência de entendimentos aqui enfocada, Stoco afirma que o expediente da denunciação implicaria uma “insuportável *contraditio in terminis*”, já que seria incoerente negar “a culpa do preposto e, mesmo assim, buscar sua integração à lide justamente para assegurar o direito de regresso contra ele”, sem falar que com a denunciação “estar-se-ia incluindo um fundamento novo na

<sup>89</sup> Luiz Guilherme MARINONI; Sérgio Cruz ARENHART. Op. cit., p.186, nota n. 24 de rodapé. Grifo do autor.

<sup>90</sup> Athos Gusmão CARNEIRO. **Intervenção de terceiros**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p.95.

<sup>91</sup> Ibid., p. 95. Grifos do autor.

<sup>92</sup> AC 8.995, do TJRJ, ac. de 17-10-1978, RePro, 34:230 apud Athos Gusmão CARNEIRO. Op. cit., p.95. Grifos do autor.

causa, que é vedado em sede de denunciação, como sustenta doutrina dominante”<sup>93</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello inadmite denunciar-se da lide o agente tido como causador do dano, uma vez que isso implicaria mesclar “o tema de uma responsabilidade objetiva – a do Estado – com elementos peculiares à responsabilidade subjetiva – a do funcionário”, e, ainda, em prejudicar o autor da demanda reparatoria de danos, que ficaria na dependência “da solução de um outro conflito intersubjetivo de interesses”<sup>94</sup>.

Hely Lopes Meirelles afirma que a inclusão do agente na demanda proposta contra o Estado não deve ser admitida, uma vez que este somente em ação regressiva poderá ser responsabilizado civilmente. “O legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o agente indeniza o Estado, regressivamente”<sup>95</sup>.

Sidney Sanches reafirma sua posição contrária à possibilidade da denunciação, conforme se vê no trecho abaixo, que tem por base a Constituição Federal de 1967 com redação dada pela EC 1/1969:

Ora, voltando ao exemplo da ação de reparação de dano proposta em face da Fazenda Pública. Aí a vítima apenas precisa relatar o fato danoso e afirmar do funcionário sua autoria. Se a Fazenda Pública quiser exercer direito regressivo contra seu agente, não poderá simplesmente dizer que este responde por seu prejuízo na demanda, nos termos do art. 107, parágrafo único, da Constituição Federal. É preciso dizer que o funcionário agiu desta ou daquela forma; que isso configurou conduta dolosa ou culposa geradora do direito regressivo. E eventualmente produzir prova a respeito.

Enfim, estará sendo promovida uma demanda que nada tem de comum com aquela originalmente proposta.<sup>96</sup>

Rosa Maria Andrade Nery e Nelson Nery Jr. seguem a mesma linha de raciocínio acima e defendem a inadmissibilidade da denunciação da lide do agente pela pessoa jurídica de direito público com base no inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil.

A denunciação, na hipótese do CPC 70 III, restringe-se às ações de garantia, isto é, àquelas em que se discute a obrigação legal ou contratual do denunciado em garantir o resultado da demanda, indenizando o garantido em caso de derrota. Daí não ser admissível a denunciação da lide, quando nela se introduzir fundamento novo, estranho à lide principal. Exemplo dessa inadmissibilidade é a denúncia da lide, pela administração, ao funcionário que agiu

<sup>93</sup> Rui STOCO. Op. cit., 2007, p.1374-5.

<sup>94</sup> MELLO. Op. cit., p.840-1.

<sup>95</sup> MEIRELLES. Op. cit., p.562.

<sup>96</sup> SANCHES. Op. cit., p.122.

com dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva), quando a denunciante é demandada pelo risco administrativo (responsabilidade objetiva). O CPC 70 III é hipótese de garantia própria. [...].<sup>97</sup>

Wilson Alves de Souza defende que a denunciação da lide pode funcionar apenas para dar ciência do litígio ao pretense garante ou autor do dano, de modo a provocar o “denunciado a ser tão somente assistente do denunciante para o fim do efeito de intervenção em eventual processo cognitivo futuro em que este busque seu direito regressivo contra aquele”<sup>98</sup>.

De seu turno, Yussed Said Cahali observa que, se a demanda proposta pelo prejudicado não individualiza o agente causador do dano, vale dizer, se é proposta “com a arguição da culpa anônima do serviço público, de falha administrativa, de risco da atividade estatal desenvolvida”, então seria pacífico o entendimento no sentido da não-admissibilidade do agente mediante denunciação deste da lide proposta pelo prejudicado em face do Estado<sup>99</sup>. Tal postura, inclusive, sequer prejudicaria o direito de regresso da Fazenda Pública, na hipótese de esta pretender identificar o agente responsável pelo dano. Nessa linha, se o prejudicado não argui a autoria de determinado agente, procurando responsabilizar o Estado com base exclusivamente na responsabilidade decorrente da “culpa anônima do serviço público, de falha administrativa, de risco da atividade estatal desenvolvida”, então não haveria razão jurídica a autorizar a denunciação da lide ao agente pretensamente causador do dano.

No entanto, informa aquele autor que se antes a jurisprudência orientava-se pela inadmissibi-

<sup>97</sup> Rosa Maria de Andrade NERY; Nelson NERY JÚNIOR. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual em vigor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.437.

<sup>98</sup> Para Wilson Alves de Souza, “[...] a maioria da doutrina brasileira não enxerga a possibilidade de denunciação da lide como ciência do litígio, esquecendo-se do quanto consta em outros diplomas legais, a exemplo do Código Civil, a disciplinar a evicção (cf. abaixo) e o contrato de seguro (tema do presente estudo) e no próprio CPC (cf. art. 73), possivelmente limitada pela literalidade isolada do art. 76, do mesmo diploma processual, que merece o mesmo tipo de análise do art. 80, do mesmo Código de Processo. Válido é repetir que o juiz só pode condenar o denunciado frente ao denunciante caso o adversário do denunciante seja vencedor da demanda principal e, ante o princípio da demanda, caso o denunciante tenha formulado pedido contra o denunciado. Do contrário, a denunciação da lide funcionou como mera ciência do litígio, provocando o denunciado a ser tão somente assistente do denunciante para o fim do efeito de intervenção em eventual processo cognitivo futuro autônomo em que este busque seu direito regressivo contra aquele”. Cf. SOUZA, O Código Civil 2002 e o Direito Processual – Breves notas sobre intervenção de terceiros nas causas envolvendo contrato de seguro de dano. **Revista da Faculdade de Direito da UFBA**. Coord.: José Teixeira. v. XXXIX, 2006, p.59. Nesse sentido, vale conferir Cândido Rangel Dinamarco: “Como denúncia da lide, ou seja, ato pelo qual o autor ou réu provoca a integração do terceiro no processo com o objetivo de vinculá-lo ao julgamento da causa inicial, a denunciação da lide coloca-o na condição de assistente do denunciante. [...] Como assistente – e ainda quando omisso no processo, sem participar – o denunciado ficará afinal vinculado ao que se decidir quanto à causa pendente entre o denunciante e seu adversário. Dados os limites do objeto do processo colocado pela demanda inicial deste, o julgamento dessa causa não lhe dirá respeito, diretamente. Mas ele ficará impedido de repor em discussão a justiça dessa decisão (CPC, art. 55), ou seja, ficará adstrito pela eficácia preclusiva da coisa julgada. [...]”. DINAMARCO. **Intervenção de terceiros**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.164-166.

<sup>99</sup> Yussef Said CAHALI. Op. cit., 2007, p.152.

lidade da denunciação da lide apenas nas situações de “culpa anônima do serviço público, de falha administrativa, de risco da atividade estatal desenvolvida”, posteriormente os tribunais também passaram a rejeitar a denunciação da lide mesmo quando ocorria individualização do agente causador do dano, fazendo-o mediante invocação de três fundamentos: “a) a celeridade da ação principal; b) a ausência da função de garantia do denunciado, no caso; e c) intromissão indevida de um fundamento novo na demanda principal”<sup>100</sup>.

Ocorre, acrescenta o autor, que forte jurisprudência em direção contrária também se firmou no sentido de admitir a denunciação da lide do agente tido como causador do dano de forma ampla, independentemente de a demanda de responsabilidade objetiva do Estado procurar identificar o agente causador do dano. Ele acrescenta que:

Reconheça-se, porém, que jurisprudência igualmente expressiva, fundada também na mesma norma constitucional e no art. 70, III, do CPC, vem admitindo a denunciação da lide ainda que fundada a ação na responsabilidade objetiva do Estado, desde que acenada na contestação com a conduta culposa do agente causador do dano, com vistas ao exercício do direito de regresso em juízo sucessivo de execução da lide secundária.

[...] assim, não constitui óbice a decantada diversidade de causa na ação principal (responsabilidade objetiva decorrente do risco administrativo) e na ação secundária (pressuposto de dolo ou culpa do servidor), pois na lide que se instaura entre o denunciante e o denunciado apenas se pretende o exercício do direito de regresso, sem nenhuma interferência na esfera de ação do autor da demanda; se a denunciação da lide pode acarretar algum retardo na tramitação do processo e solução do pedido inicial, isto será compensado pela economia processual com a solução na própria lide do eventual direito de regresso da entidade vencida, com a vantagem de ver-se preservada na lide secundária a coisa julgada na ação principal, em que o denunciado terá intervido pelo menos como assistente litisconsorcial.<sup>101</sup>

A respeito da divergência em torno do assunto, Fredie Didier Jr. considera robustas ambas as linhas de pensamento, defendendo, no entanto, entendimento no sentido de que o magistrado deve levar em conta as peculiaridades do caso concreto para decidir a respeito do cabimento ou não da denunciação da lide fundada no inciso III do art. 70 do CPC. Segundo esse autor:

Não há como chegar a outra conclusão: a solução que se dá ao problema da admissibilidade da denunciação da lide é casuística. Existem as duas concepções, muito bem construídas e defendidas, cada uma puxando para um lado, como vetores de sentidos opostos. É no caso concreto, contudo, que se medem as forças. Parece-nos não ser possível vetar-se, em abstrato, a admissibilidade da denunciação da lide em hipóteses de garantia imprópria (sim-

<sup>100</sup> Id., Ibid., p. 154.

<sup>101</sup> Id., Ibid., p. 158 e 159-60.

ples direito de regresso). Nada há no texto legal que aponte neste sentido, tampouco os antecedentes legislativos lhe servem de apoio. De fato, a idéia do legislador de 1973 foi mesmo a de permitir o exercício eventual e incidental da pretensão regressiva, qualquer que seja ela, em um mesmo processo. [...] A constatação da pertinência dos principais argumentos das correntes contrapostas é o suficiente para que se perceba a impossibilidade de obtenção de soluções apriorísticas ou abstratas, quer pela admissão, quer pela proibição em hipóteses de garantia imprópria. Não há vedação legal expressa, isso é fato; mas o magistrado, aplicando o princípio da proporcionalidade, verificará, no caso concreto, se a admissão da denúncia da lide pode comprometer a rápida solução do litígio, a ponto de não valer a pena a economia processual que por ela se busca alcançar; se isso ocorrer, inadmissível, *in concreto*, a denúncia, restando ao prejudicado exercer por vias autônomas a sua pretensão regressiva.<sup>102</sup>

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho parecem filiar-se à corrente defendida por Fredie Didier Jr., no sentido de que são as peculiaridades do caso concreto que devem nortear o cabimento ou não da denúncia da lide pela Fazenda Pública em face do agente causador do dano. Conforme esses autores:

Sinceramente, na nossa opinião, a questão deve ser decidida por um critério lógico. De fato, tendo em vista a imensa multiplicidade de relações em que está envolvido o Estado, o elemento que nos parece relevante para reconhecer a utilidade da denúncia da lide é puramente pragmático.

Com efeito, se há controvérsia quanto à autoria e materialidade do ato imputado ao servidor público, a denúncia da lide é medida da maior importância, pois evitará a prolação de sentenças contraditórias.

Em outra via, entretanto, caso a discussão se limite ao elemento anímico (dolo ou culpa) do servidor, ampliar os limites da lide é despropositado e pouco interessante para a efetivação da prestação jurisdicional. Parece-nos, sem dúvida, o melhor critério.<sup>103</sup>

Nesse mesmo sentido, merece registro a linha de raciocínio de Leonardo José Carneiro da Cunha, que inclusive reconhece que a responsabilidade civil do Estado tanto pode ser informada pela teoria da responsabilidade objetiva quanto pela teoria da responsabilidade subjetiva. Para o autor:

Não são raros, todavia, os casos em que a responsabilidade da Fazenda Pública pode ser subjetiva, sendo necessária a comprovação de culpa pela parte demandante: é o que ocorre nas hipóteses de omissão da Administração.

Pode suceder, igualmente, de a demanda ajuizada em face da Fazenda Pública invocar, como fundamento, um ato culposos ou doloso do agente público. Imagine-se, com efeito, uma demanda indenizatória, fundada numa alegada

<sup>102</sup> Fredie DIDIER JR. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. v.1. 11 ed. Salvador: JusPodium, 2009, p.368.

<sup>103</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. vol.III: responsabilidade civil. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.200-1.

tortura cometida por agentes policiais. Nesse caso, haverá, desde o início, a necessidade de comprovar-se a tortura, ato culposo ou doloso que irá fundamentar, da mesma forma, a denúncia da lide, cuja instauração não irá gerar a agregação de elemento novo no processo, nem desencadear a necessidade de uma instrução que, inicialmente, seria desnecessária.<sup>104</sup>

De nossa parte, filiamo-nos à corrente que admite a denúncia da lide a depender das peculiaridades do caso concreto, tal como exposto acima imediatamente acima. A princípio, no entanto, parece não caber a denúncia apenas quando a demanda indenizatória fundar-se na culpa anônima do serviço público, de falha administrativa ou de risco da atividade estatal desenvolvida.

### 2.3 DA LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO PROPOSTA PELA VÍTIMA

Isso não significa, no entanto, que a vítima seja impedida de acionar diretamente o agente tido como causador do dano, seja isoladamente, seja em litisconsórcio passivo com a pessoa jurídica de direito público a que o agente esteja vinculado. Salvo melhor juízo, inexistente vedação legal à possibilidade de a vítima acionar diretamente o agente causador do dano por culpa ou dolo, em vez de acionar somente o Estado, ou o Estado e também o seu agente em litisconsórcio passivo.

Vale considerar, à guisa de ilustração, o que diz a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União<sup>105</sup>. Em seu art. 122, parágrafo 2º, limitou-se o legislador a prever que *“Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva”*. Conforme debate doutrinário acima reproduzido, existe entendimento tanto no sentido de que a ação regressiva deve ser exercida por via autônoma (Lei n. 4.619/65), quanto no sentido de que a ação regressiva pode ser exercida pela via da denúncia da lide ao servidor apontado como

<sup>104</sup> Leonardo José Carneiro da CUNHA. **A Fazenda Pública em Juízo**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005, p.146.

<sup>105</sup> Note-se, a propósito, que o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça permite a aplicação subsidiária da Lei 8.112/90, “no que não for incompatível com Resolução do CNJ”, no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar da competência do novel órgão do Poder Judiciário. Art. 75 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça - Publicado no DOU, Seção 1, em 06/03/2009, p.183-188 e republicado no DOU, Seção 1, em 09/03/2009, p.165-171. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

causador do dano. O referido dispositivo legal, por sua vez, não impede que a vítima acione o agente, regulando apenas a responsabilidade do agente para com a administração pública<sup>106</sup>.

A respeito do assunto, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento de recurso especial voltado à apreciação da possibilidade de se inserir no pólo passivo da demanda tanto o Estado quanto o agente identificado como causador do dano, acolheu a tese inclusiva. Confira-se a ementa do acórdão extraído desse julgamento:

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS CAUSADOS EM ACIDENTE DE VEÍCULOS. PREPOSTO QUALIFICADO NO POLO PASSIVO. ART. 37, PARÁGRAFO 6º, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGOS 15 E 896, CÓDIGO CIVIL. ARTIGO 70, III, CPC, LEI N. 4.619/65. 1. AÇÃO PROMOVIDA CONTRA O ESTADO E O SEU PREPOSTO (MOTORISTA), COM O FITO DE OBTER REPARAÇÃO POR DANOS CAUSADOS A TERCEIRO, EM ACIDENTE DE TRANSITO. 2. EMBORA DE NATUREZA DIVERSA, AS RESPONSABILIDADES DO ESTADO (RISCO ADMINISTRATIVO) E A DO FUNCIONARIO PUBLICO (CULPA), IMPUTADA A ESTE A CONDUÇÃO CULPOSA DO VEICULO, MOSTRA-SE INCENSURAVEL O ALVITRE DO AUTOR EM, PRONTAMENTE, CHAMA-LO PARA O POLO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL. SE NÃO INCLUIDO, DESDE LOGO, O PREPOSTO, SURGIRIA A DENUNCIACÃO DA LIDE (ART. 70, III, CPC). CONSIDERANDO O DIREITO DE REGRESSO (ART. 37, PARÁGRAFO 6., C.F.), HOMENAGEANDO-SE O PRINCIPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL, E RECOMENDAVEL QUE O AGENTE PUBLICO, APONTADO COMO RESPONSÁVEL PELOS DANOS CAUSADOS A TERCEIROS, APRESENTE A SUA RESPOSTA, PRODUZA PROVA E ACOMPANHE A INSTRUÇÃO ATÉ O JULGAMENTO. DEMAIS NÃO ESTA VEDADA LEGALMENTE A SUA QUALIFICAÇÃO NO POLO PASSIVO. 3. RECURSO IMPROVIDO<sup>107</sup>.

Nesse particular, porém, o tema é igualmente controvertido.

Para José Afonso da Silva, “se houver dolo ou culpa da autoridade judiciária, caberá, evidentemente, o direito de regresso contra ela, na forma prevista no citado art. 37, parágrafo 6º, que não exclui agente algum”<sup>108</sup>. Em seguida, em comentário sobre o art. 37 da Constituição Federal de 1988, o autor faz a seguinte observação:

<sup>106</sup> A Lei estadual n. 6.677, de 26 de setembro de 1994, que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado da Bahia, das Autarquias e das Fundações Públicas estaduais, regula a responsabilidade do servidor público estadual no art. 182, § 2º, e tal qual a Lei federal n. 8.112/90, limita-se a afirmar que “Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva”.

<sup>107</sup> O recurso, importa esclarecer, foi interposto por agente público apontado como responsável por acidente de veículo para o fim de ver reconhecida sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda indenizatória proposta por empresa seguradora em face do Estado de São Paulo e também do agente em litisconsórcio passivo. Como se depreende da ementa acima colacionada, o recurso do agente público acionado foi desprovido, ante o fundamento de que inexistia vedação legal para a permanência do agente no pólo passivo da relação processual. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 34.930, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, julgamento em 15-3-95, 1ª Turma, DJ de 17-4-95. p. 9558 RSTJ vol. 77 p.100. Disponível em <<<http://www.stj.jus.br>>>. Acesso em: 9 set. 2009.

<sup>108</sup> José Afonso da SILVA. Op. cit., 2006, p.174.

A obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano. O princípio da impessoalidade vale aqui também. [...] A culpa ou dolo do agente, caso haja, é problema das relações funcionais, que escapa à indagação do prejudicado. Cabe à pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou culposa ou dolosamente, para o fim de mover-lhe ação regressiva, assegurada no dispositivo constitucional, visando a cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização.<sup>109</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello defende que a norma constitucional (art. 37, § 6º) que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado não serve à proteção do agente que por culpa ou dolo tenha causado dano ao administrado: “A norma visa a proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade da responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou dano”<sup>110</sup>.

No entanto, no âmbito do Supremo Tribunal Federal há entendimento recente em sentido contrário à possibilidade de a ação reparatória ser proposta diretamente pela vítima em face do agente, decidindo-se no sentido de a norma constitucional do art. 37, § 6º, veicula uma dupla garantia, sendo uma delas em prol do servidor estatal. Cumpre conferir a ementa do acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 327904, cujo relator foi o Ministro Carlos Britto:

O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.<sup>111</sup>

<sup>109</sup> Id., Ibid., p. 349.

<sup>110</sup> MELLO, Op. cit., p.840.

<sup>111</sup> Importa esclarecer que o recurso extraordinário aqui referido foi interposto pela Associação de Caridade da Santa Casa de Misericórdia de Assis-SP, visando reforma de acórdão que confirmou sentença de extinção do processo sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva do réu, no caso, o ex-Prefeito Municipal da cidade de Assis-SP, que, durante o seu mandato, teria praticado ato entendido pela referida Associação como lesivo aos seus interesses. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 327.904, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 15-8-06, 1ª Turma, DJ de 8-9-06. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1º set. 2009.

Gustavo Binenbojm defende que o julgamento acima referido “alterou o entendimento tradicional relativamente à possibilidade de responsabilização direta per saltum da pessoa natural do agente público, quando causado o dano no exercício de atividade tipicamente jurisdicional”<sup>112</sup>.

Acionar diretamente o agente ou acionar o agente e o Estado em litisconsórcio passivo também é possível para Yussef Said Cahali, para quem a responsabilidade objetiva do Estado não afasta o direito que tem a vítima “de postular a necessária reparação diretamente do funcionário faltoso”<sup>113</sup>, em face de quem, por óbvio, teria que provar a culpa ou dolo em ação indenizatória comum de direito civil. Esse autor vai além, defendendo que não se exclui a possibilidade, na hipótese de a ação da vítima em face do agente público ser julgada improcedente, “por não provado o dolo ou a culpa do servidor”, “de uma ação do autor contra a Fazenda Pública, desta feita com fundamento na responsabilidade objetiva do risco administrativo”<sup>114</sup>. Deve-se observar, porém, que tal pensamento passa ao largo da controvérsia em torno do tipo de responsabilidade a que estaria sujeito o Estado quando em tela alegação de dano decorrente de culpa ou dolo de determinado agente, posto haver entendimento no sentido de que, nessa hipótese, a responsabilidade do Estado seria subjetiva, havendo necessidade de a vítima do dano provar o ato doloso ou culposo do servidor.

Conforme afirmamos no início desse item, a nós também parece possível que à vítima seja dado optar entre acionar o agente causador do dano diretamente, ou acionar o Estado, ou, ainda, o Estado e o agente em litisconsórcio passivo, desde que, por óbvio, o caso concreto assim o permita, não havendo, pois, que se falar em acionar qualquer agente público se o dano passível de ressarcimento pelo Estado decorreu da falta ou falha do serviço.

### **3 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO**

Tratando-se de um Estado de Direito, frente a este o cidadão é tão merecedor de tutela quanto

---

<sup>112</sup> Gustavo BINENBOJM. Op. cit., p.36.

<sup>113</sup> CAHALI. Op. cit., p.168.

<sup>114</sup> Id., Ibid., p.171.

o é em suas relações com os particulares, de modo que a obrigação de indenizar surge para o Estado da mesma forma que em termos gerais nasce para o particular.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes:

Do prisma teórico, a idéia de responsabilidade civil do Estado deve ser apreendida como uma das expressões do próprio Estado de Direito, que, de acordo com uma de suas definições, é aquele no qual não se identificam soberanos, sendo, portanto, todos responsáveis.<sup>115</sup>

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, “como qualquer outro sujeito de direitos, o Poder Público pode vir a se encontrar na situação de quem causou prejuízo a alguém, do que lhe resulta a obrigação de recompor os agravos patrimoniais oriundos da ação ou abstenção lesiva”<sup>116</sup>.

A responsabilidade civil do Estado se sujeita à mesma distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, a depender da natureza ou origem da obrigação passível de violação. Apenas a responsabilidade civil extracontratual do Estado interessa aos objetivos deste trabalho.

### 3.1 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em termos extracontratuais, o dever de indenizar determinado dano surgirá para o Estado quando se fizerem presentes, além do efetivo prejuízo, uma ação ou omissão estatal, e, ainda, nexos de causalidade entre os dois primeiros elementos. No que toca à culpa, uma variável se apresenta, relacionada com a obrigatoriedade ou não desta como elemento da responsabilidade civil do Estado.

#### 3.1.1 O elemento culpa na responsabilidade civil do Estado

Ao se referir aos elementos da responsabilidade civil extracontratual do Estado, Marçal Justen

---

<sup>115</sup> Gilmar Ferreira MENDES. In: Gilmar Ferreira MENDES; Inocência Mártires COELHO; Paulo G. G. BRANCO. Op. cit., p.885.

<sup>116</sup> Celso A. B. de MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 799.

Filho qualifica a “ação ou omissão” estatal como antijurídica. Para esse autor, a ação ou omissão estatal há de ser qualificada ou estar acompanhada do elemento culpa, caracterizador, por sua vez, de ato ilícito<sup>117</sup>.

Alice Gonzalez Borgez, por sua vez, entende que os elementos antes referidos, quais sejam, ação ou omissão, dano e nexos causal são pressupostos apenas da responsabilidade civil objetiva do Estado que “correspondem à teoria do risco administrativo”<sup>118</sup>, significando dizer que o elemento subjetivo culposo será dispensável quando se pretender responsabilizar objetivamente o Estado pela teoria do risco administrativo.

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho também entende desnecessária a caracterização da conduta como culposa ou dolosa para fins de responsabilização civil da Administração, referindo-se apenas ao dano e ao nexos causal como elementos da responsabilidade civil estatal<sup>119</sup>.

Ou seja, adotam-se estes ou aqueles elementos configuradores da responsabilidade estatal conforme o entendimento que se adotar a respeito do fundamento teórico informador do dever de indenizar os danos causados pelo Estado.

Chega-se, assim, às espécies subjetiva e objetiva de responsabilidade civil estatal, as quais, de seu turno, encontram fundamento em teorias que, buscando justificar o dever de indenizar imposto ao Estado, foram se sucedendo e mesmo convivendo ao longo do tempo.

Neste contexto, visando sistematizar a matéria, abordaremos primeiramente a evolução histórica do instituto para, em seguida, nos determos sobre as referidas espécies de responsabilidade civil do Estado.

### 3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: FASES E TEORIAS

Segundo Zulmar Fachin, “o princípio constitucional da responsabilidade patrimonial do Esta-

<sup>117</sup> Marçal JUSTEN FILHO. Op. cit., p.1077.

<sup>118</sup> Alice Gonzalez BORGES. A responsabilidade civil do Estado à luz do Código Civil: um Toque de Direito Público. In: Juarez FREITAS (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.22.

<sup>119</sup> Carlos Edison do Rêgo MONTEIRO FILHO. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: Juarez FREITAS (Org.). Op. cit., p. 46.

do, por atos de seus agentes, foi uma conquista alcançada ao longo do tempo”<sup>120</sup>.

Danielle Annoni relaciona as fases da evolução da responsabilidade estatal com as teorias que lhe servem de fundamento. Assim, a fase da irresponsabilidade do Estado encontra lastro na teoria que defende que, “em razão do primado da soberania estatal (‘o rei não erra’), não se admitia que os súditos exercessem o direito de obter o ressarcimento dos prejuízos sofridos, a não ser quando o soberano, por sua vontade, concedia satisfazer essa exigência”. A fase civilística, por sua vez, “procurou resolver o problema da responsabilidade do Estado através de princípios do Direito Civil”. A fase seguinte, publicista, segundo a autora em foco, contou com três novas teorias: “a teoria da culpa do serviço”, a “teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral”<sup>121</sup>.

Zulmar Fachin afirma que o Estado passou da fase da irresponsabilidade por seus atos para a fase da “responsabilidade com culpa (civil ou administrativa) e desta para a responsabilidade sem culpa (risco administrativo ou risco integral)”<sup>122</sup>.

Wilson Alves de Souza identifica dois períodos no tema da responsabilidade civil do Poder Público: o período da irresponsabilidade, fundado “no princípio da impossibilidade de erro do rei (the king can do no wrong), com nítidas raízes absolutistas”; o período da responsabilidade, este marcado pela teoria civilista e também pelas teorias publicistas “da falta do serviço ou da culpa administrativa” e a “teoria do risco administrativo”<sup>123</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, chama atenção para a circunstância de que o tema recebeu tratamento diferenciado não só ao longo do tempo, mas também em razão do espaço. Conforme a autora, “em alguns sistemas, como o anglo-saxão, prevalecem os princípios de direito privado; em outros, como o europeu-continental, adota-se o regime publicístico”<sup>124</sup>. Em relação ao tratamento dispensado à matéria ao longo do tempo, a autora também identifica dois períodos, um da irresponsabilidade e outro da responsabilidade, sendo que este último marcado, inicialmente, pelas teorias civilistas, e, posteriormente, pelas teorias publicistas “da culpa administrativa ou culpa do serviço público” e pela “teoria do risco integral ou adminis-

<sup>120</sup> Zulmar FACHIN. Op. cit., p.71.

<sup>121</sup> Danielle ANNONI. **Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo**. 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009, p.60-4.

<sup>122</sup> FACHIN. Op. cit., p.72.

<sup>123</sup> Wilson Alves de SOUZA. **Acesso à Justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português. Coimbra: 2006, p.299-303.

<sup>124</sup> Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. Op. cit., 2001, p.512.

trativo ou teoria da responsabilidade objetiva”<sup>125</sup>.

A respeito da fase marcada pela teoria da irresponsabilidade civil do Estado, anota Gilmar Ferreira Mendes que como o Brasil obteve sua independência política em 1822, “o seu nascimento como Estado soberano ocorreu em uma época em que já estava assente a teoria da responsabilidade civil do Estado, de forma que não se experimentou, em nossa história de país independente, essa primeira fase”<sup>126</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que, depois de ultrapassada a fase da irresponsabilidade do Estado, a tendência que se observou foi a da expansão da responsabilidade do Estado, que evoluiu da “responsabilidade subjetiva, isto é baseada na culpa, para uma responsabilidade objetiva, vale dizer, ancorada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso”<sup>127</sup>.

Saulo José Casali Bahia aponta como principais teorias em torno do instituto a teoria da irresponsabilidade do Estado, as teorias subjetivistas (que compreendem a teoria da culpa civilística; da culpa administrativa; da culpa anônima; da culpa presumida ou falsa teoria objetiva; e teoria da falta administrativa), e as teorias objetivistas (que compreendem as teorias do risco administrativo; do risco integral e do risco social)<sup>128</sup>.

### 3.2.1 Das teorias subjetivistas

#### 3.2.1.1 Da teoria subjetiva da culpa civilística

Saulo José Casali Bahia explica que, uma vez ultrapassada a fase da irresponsabilidade, passou-se a exigir a presença do elemento culpa, por parte do próprio Estado, para configuração da sua responsabilidade civil. Essa culpa “era apurada de acordo com os contornos oferecidos pelo Direito Civil. Daí dizer-se surgida a teoria da culpa civilística”. O autor acrescenta que:

Entendia-se que a culpa da administração derivava da circunstância de seus agentes (funcionários) ostentarem a qualidade de prepostos. Figurava o Es-

<sup>125</sup> Id. Ibid., p.512-5.

<sup>126</sup> MENDES. Op. cit., p.885. Cf. também: Carlos Edison do R. MONTEIRO FILHO. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: Juarez FREITAS (Org.). Op. cit., p.43.

<sup>127</sup> MELLO. Op. cit., p.808.

<sup>128</sup> Saulo J. Casali BAHIA. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.13 e seguintes.

tado, assim, como o patrão ou comitente da construção civilística, que respondia de modo indireto pelos atos de seus funcionários. Sua culpa era *in vigilandi* ou *in eligendi* [...]. Ou seja, exigia-se do Estado, para a configuração de sua responsabilidade civil, a má escolha do representante ou preposto ou a falta de vigilância sobre os mesmos.<sup>129</sup>

O estudo da teoria da representação orgânica faz ver que o agente ocupante de órgão estatal não pode ser considerado mandatário ou representante do Estado, sendo, antes, aquele que exterioriza concretamente a vontade desse Estado. Assim, fundada em elementos tradicionais de direito civil, a teoria da culpa civilística cedo se revelou inadequada para servir de fundamento ao dever de indenizar imposto ao Estado.

### 3.2.1.2 Da teoria subjetiva da culpa administrativa

Entendendo-se a responsabilidade civil do Estado como matéria afeita ao Direito Público, e não ao Direito Privado, desenvolveu-se a teoria da culpa administrativa, já que a teoria da culpa civilística muitas vezes servia de veículo à irreparabilidade dos danos causados pelo Estado aos particulares, dada a dificuldade destes em provar que o Estado teria desatendido aos deveres de eleição e de vigilância.

Pela teoria subjetiva da culpa administrativa, exige-se a conduta lesiva dolosa ou culposa de determinado agente estatal, entendendo-se, aqui, o agente como o próprio Estado, e o seu ato identificável como ato da própria Administração. A configuração da responsabilidade civil dependeria da prova, pelo prejudicado, do dano, do ato ilícito do funcionário e do nexo causal entre ambos. A culpa deixava de ser da Administração enquanto mandante ou representada, sob as modalidades de *in eligendo* ou *in vigilandi*, e passava a ser *in commitendo* (ação) ou *in omittendo* (omissão), exigida do agente estatal<sup>130</sup>.

A peculiaridade da teoria ora em foco consiste em que a responsabilidade civil do Estado somente existiria se à vítima fosse possível demonstrar que o dano passível de reparação decorreu de conduta ilícita atribuível a determinado funcionário, havendo, portanto, necessidade de investigação e prova do elemento subjetivo – culpa ou dolo – na conduta do agente estatal.

<sup>129</sup> Id., Ibid., p.22. Grifos do autor.

<sup>130</sup> Ibid., p.24.

### 3.2.1.3 Da teoria subjetivista da culpa anônima

A teoria subjetivista da culpa anônima surgiu para tornar dispensável a exigência de identificação do agente estatal cuja conduta antijurídica houvesse causado o dano. Para Saulo José Casali Bahia:

Imaginou-se, então, para a responsabilização (a fim de que a incerteza quanto ao efetivo agente causador do dano não significasse frustração do dever de reparar), que bastaria a certeza de que o dano adveio do serviço público, por conduta de algum funcionário. Não importaria qual funcionário o tivesse produzido. Estamos diante, então, da teoria da culpa anônima, também denominada teoria do acidente administrativo.<sup>131</sup>

A culpa seria anônima no sentido de poder ser atribuível à Administração como um todo, sem ser necessário investigar culpa ou dolo de determinado agente estatal. Isso porque em determinadas situações sabia-se que a Administração era a causadora do dano, mas não se conseguia atribuir a prática do ato ilícito a um dos seus agentes, o que propiciava a irreparabilidade do dano, uma vez que o prejudicado não se desincumbia do ônus de provar a culpa ou dolo do agente estatal, tal como exigia a teoria da culpa administrativa.

### 3.2.1.4 Da teoria subjetivista da culpa presumida (ou falsa teoria objetiva)

A teoria subjetivista da culpa presumida é apontada pela doutrina como uma variação da teoria da culpa administrativa. “A sua diferença essencial é que, na teoria da culpa presumida, há presunção da culpa do Estado, com a adoção do critério de inversão do ônus da prova”<sup>132</sup>, conforme anotam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.

A adoção do critério de presunção de culpa do Estado surge para facilitar a reparação do dano, considerando-se que em muitas situações à vítima é demasiado difícil demonstrar culpa – negligência, imprudência ou imperícia – da administração. Com isso, transferia-se ao Estado o

<sup>131</sup> Ibid., p.25-6.

<sup>132</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. vol.III: responsabilidade civil. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.190.

ônus de demonstrar ter-se havido com diligência, perícia e prudência para conseguir afastar sua responsabilidade no caso concreto.

### 3.2.1.5 Da teoria subjetivista da falta administrativa ou da falta do serviço

O tratamento dispensado por Celso Antônio Bandeira de Mello à teoria da falta administrativa ou teoria da falta anônima do serviço (*não funcionamento, mau funcionamento ou funcionamento tardio do serviço público*) parece resumir bem a fase e o fundamento teórico da responsabilidade civil subjetiva do Estado. Segundo o autor:

Em face dos princípios publicísticos não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagrar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela idéia denominada *faute du service* entre os franceses. Ocorre a culpa do serviço ou ‘*falta do serviço*’ quando este não funciona, *devendo funcionar*, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva.<sup>133</sup>

À semelhança do que ocorre com a teoria subjetivista da culpa presumida (ou “falsa teoria objetiva”), o estudo da teoria da falta administrativa remete à discussão sobre o alcance da norma inserida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, abrindo espaço para debate a respeito do fundamento teórico do dever de indenizar do Estado brasileiro.

A teoria ora em foco se insere em controvérsia doutrinária a respeito da necessidade ou não da presença do elemento subjetivo culpa na ação e ou omissão estatal para gerar o dever de indenizar, e, em conseqüência, sobre o tipo de responsabilidade a incidir em cada caso concreto, se objetiva ou subjetiva. Nesse contexto, os desdobramentos provocados por essa linha de pensamento serão abordados a seguir, quando estudo das espécies de responsabilidade civil estatal.

### 3.2.2 Das teorias objetivistas

---

<sup>133</sup> MELLO. Op. cit, p.808-9. Grifos do autor.

As teorias que defendem a responsabilidade objetiva do Estado amparam-se na doutrina do risco e classificam-se em teoria do risco administrativo, teoria do risco integral e teoria do risco social. Importa lembrar que, fora da seara estatal, a doutrina da teoria do risco apresenta espécies outras de risco para fundamentar o dever de indenizar, a exemplo do risco-proveito, risco-criado, risco-profissional e risco-integral<sup>134</sup>.

José de Aguiar Dias observa que a doutrina do risco tem o mérito de procurar “resolver casos de danos que pelo menos com acerto técnico não seriam reparados pelo critério clássico da culpa”<sup>135</sup>, em razão da dificuldade, em determinadas situações, de fazer prova da conduta culposa do agente. Segundo Anderson Schreiber, “em sua versão moral, vinculada aos impulsos anímicos do sujeito e à previsibilidade dos resultados de sua conduta, a culpa mostrava-se um elemento de difícil comprovação”<sup>136</sup>, ensejando, pois, a irreparabilidade de danos.

A teoria objetiva amparada pela doutrina do risco, esta sob as modalidades teóricas de risco administrativo, risco integral e risco social, serve de fundamento à atual fase da responsabilidade civil do Estado, o que, no entanto, não afasta a possibilidade de mais de uma teoria, inclusive de cunho subjetivista, justificar a responsabilização do Estado em determinadas circunstâncias.

### 3.2.2.1 Da teoria objetivista do risco administrativo

No campo da responsabilidade civil do Estado, é a teoria do risco administrativo que busca justificar o dever de indenizar do ente público, fazendo-o mediante aplicação do princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais como fundamento da obrigação. Embora nem sempre a atividade estatal envolva risco propriamente dito para os administrados, ela é entendida como

---

<sup>134</sup> “Em apertada síntese, a teoria do risco-proveito impõe que quem extrai proveito de certa atividade responda também pelos riscos que ela traz; a teoria do risco criado abstrai a noção de proveito e considera como fundamento da responsabilidade a simples atividade criadora de risco; a teoria do risco de empresa aplica esta mesma idéia à atividade empresarial, considerando-lhe inerentes certos riscos; a teoria do risco integral introduz, a rigor, uma classificação relativa à extensão da responsabilidade (sendo integral ou mitigado o risco, conforme se admita ou não a exclusão de responsabilidade por caso fortuito ou força maior)”. Cf. Anderson SCHEREIBER. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.28-9.

<sup>135</sup> José de Aguiar DIAS. **Da responsabilidade civil**. vol. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p.61.

<sup>136</sup> SCHEREIBER. Op. cit., p.17.

potencialmente lesiva, atraindo a incidência daquele princípio. Nesse sentido, Patrícia Ribeiro Serra Vieira:

A responsabilidade civil estatal baseia-se na idéia do risco de dano que a atividade do Estado gera para os seus administrados, risco inerente à sua própria natureza. Assim, existindo o dano, deve o Estado repará-lo, pois fere seus princípios fundamentais a imposição de encargo não suportado pelos demais a um administrado.<sup>137</sup>

Aduz Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho:

Essa teoria, que se contenta tão-somente com a prova do dano e do nexo de causalidade (são dois apenas os pressupostos necessários), tem como fundamento o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Significa que se dividem, por todos, os prejuízos causados pelo Estado, porque, da mesma forma, por toda população é repartido o benefício que o Estado proporciona. Esse princípio pode ser também apontado como o princípio da isonomia ou da solidariedade social. A responsabilidade objetiva é assim denominada porque prescinde de qualquer verificação de índole subjetiva, afasta-se a perquirição da culpa.<sup>138</sup>

A teoria do risco administrativo se vale, portanto, da idéia do risco criado pela atividade estatal. Presente na rotina diária dos administrados pelas mais diversas formas, a Administração pública cria risco de causar dano e atrai para si a obrigação de responder por eles, independentemente da licitude de sua conduta. Nessa linha, a teoria do risco administrativo fundamenta a responsabilidade objetiva do Estado, deslocando o foco do problema, preocupando-se mais com o dano a ser reparado e com o nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano do que com o dolo ou a culpa eventualmente presentes na conduta estatal vinculada ao dano.

### 3.2.2.2 Da teoria objetivista do risco integral

<sup>137</sup> Patrícia Ribeiro SERRA VIEIRA. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.48-9.

<sup>138</sup> Carlos Edison do Rêgo MONTEIRO FILHO. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: Juarez FREITAS (Org.). Op. cit., p.46. Ver também: Dirley da CUNHA JÚNIOR: “É a teoria do risco que serve de fundamento para a idéia de responsabilidade objetiva. Ela toma por base a necessidade de repartir-se, igualmente, tanto os benefícios gerados pela atuação estatal à comunidade como os encargos suportados por alguns, por danos decorrentes dessa atuação. Assim, como o próprio nome sugere, essa teoria leva em conta o risco que a atividade estatal gera para os administrados e a possibilidade de causar danos a determinados membros da comunidade, impingindo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade, todos os demais membros da comunidade devem concorrer, através dos recursos públicos, para a reparação dos danos”. CUNHA JÚNIOR. Op. cit., p.289.

A teoria agora em foco defende a responsabilização do Estado em qualquer situação em que presentes o dano e o nexo causal entre este e atividade estatal danosa, sem admitir qualquer excludente de responsabilidade<sup>139</sup>. É essa não-admissão de qualquer excludente que distingue a teoria do risco integral da teoria do risco administrativo. É o que explica Romeu Felipe Bacellar Filho:

Como já afirmado, o risco integral acolhe a idéia de que a mera comprovação da relação de causa e efeito (nexo causal) entre o evento danoso e a participação do agente público enseja a obrigação de reparação do dano.

Realmente, a evolução constitucional e doutrinária culminou por desenvolver a teoria do risco, que acolhe duas espécies: risco integral e risco administrativo. Ambas adotam o princípio da responsabilização objetiva. A primeira consagra a responsabilização objetiva de modo integral, isto é, sem qualquer abrandamento e sem acolher qualquer tipo de excludente. A segunda, mais consentânea com a razoabilidade, é submissa à objetividade na responsabilização, mas admite algumas excludentes (culpa da vítima, força maior, caso fortuito).

O traço distintivo entre ambas as teorias concentra-se do desprezo dedicado pela teoria do risco integral a fatores circunstanciais (como força maior e caso fortuito) e a um personagem cuja atuação pode ter sido nenhuma ou decisiva para a configuração do evento danoso: a vítima.<sup>140</sup>

Segundo José Renato Nalini, “o risco integral é a responsabilidade objetiva. Nada pode afastar o dever do Estado de responder pelos danos causados. Já a versão do risco administrativo é a responsabilidade objetiva flexibilizada”<sup>141</sup>. Defende esse autor que o § 3º do art. 225 da Constituição Federal de 1988 consagrou a responsabilidade objetiva integral do Estado em relação a danos causados ao meio ambiente.

Conforme observado por Sergio Cavalieri Filho, “a teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal”<sup>142</sup>. O autor acrescenta que, por essa teoria, “o dever de indenizar se faz presente tão só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de

<sup>139</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. vol.III: responsabilidade civil. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.193.

<sup>140</sup> Romeu Felipe BACELLAR FILHO. Responsabilidade civil da Administração Pública – aspectos relevantes. In: Juarez FREITAS (Org.). Op. cit., p.312.

<sup>141</sup> José Renato NALINI. Responsabilidade civil ambiental por omissão do Estado. In: José Luiz Gavião de ALMEIDA (Org.). **Temas atuais de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p.77.

<sup>142</sup> Sérgio CAVALIERI FILHO. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.147.

terceiro, caso fortuito ou força maior”<sup>143</sup>.

A prevalecer a teoria do risco integral para justificar o dever de indenizar do Estado, transmuda-se este em uma espécie de segurador universal, a garantir os administrados contra os riscos relacionados com atividades estatais. Em linhas gerais, o problema da teoria parece residir no desprezo à consideração de que, estando o Estado presente na rotina diária das vidas pessoas por diversas formas, quer atuando própria e diretamente, quer regulando e fiscalizando as demais atividades da vida em sociedade, seria muito difícil fixar as situações em que inexistiria por completo a presença de tal ente público. De qualquer modo, a discussão suscitada por essa teoria serve ao incremento do debate referente à responsabilização do Estado em razão de condutas omissivas, inserindo-se no contexto da classificação das espécies de responsabilidade civil estatal.

### 3.2.2.3 Da teoria objetivista do risco social

Tem-se, por fim, a teoria do risco social, “também conhecida como responsabilidade sem risco”<sup>144</sup>, que pretende desvincular o dano a reparar de uma atividade estatal qualquer. O fundamento, segundo explica Saulo Casali, é o de que “se o Estado tem o dever de cuidar da harmonia e da estabilidade sociais, e o dano provém justamente da quebra desta harmonia e responsabilidade, seria dever do Estado repará-lo”. O autor acrescenta: “o que releva não é mais individuar para reprimir e compensar, mas socializar para garantir e compensar”<sup>145</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello doutrina que “o ponto extremo da responsabilidade do Estado e para o qual vai a caminho é a teoria do risco social, segundo cujos termos esta se promove mesmo com relação a danos não imputáveis à ação do Poder Público”<sup>146</sup>.

Se a teoria do risco integral pretende transformar o Estado em segurador universal contra os riscos inerentes à sua atividade, a teoria do risco social vai além para defender a responsabilização do Estado mesmo em situações estranhas às suas atividades propriamente ditas, ou seja, situações em

---

<sup>143</sup> Id., Ibid., p. 148.

<sup>144</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. vol.III: responsabilidade civil. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.194.

<sup>145</sup> BAHIA. Op. cit., p.93.

<sup>146</sup> MELLO. Op. cit., p.804.

que o Estado sequer teria criado risco, em razão de suas atividades, para os administrados<sup>147</sup>.

Destaque-se, outrossim, que a idéia de transferir a responsabilidade da reparação de dano a terceiro, ainda que mediante socialização do ônus reparatório, pode ensejar diminuição dos cuidados inerentes ao dever jurídico *lato sensu* a todos imposto de não causar prejuízos a outrem, uma vez que, sabendo-se segurado o risco, pouco importará a conduta mais ou menos prudente do agente causador do dano<sup>148</sup>.

### 3.3 DO DEBATE EM TORNO DA NORMA INSERIDA NO § 6º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL VIGENTES DO ESTADO BRASILEIRO

O dever de indenizar do Estado brasileiro ora busca fundamento na teoria do risco administrativo, o que tende a acarretar a sua responsabilização de forma objetiva (sem necessidade de avaliação da conduta da Administração, no sentido de se perquirir sobre sua culpa ou dolo), ora procura fundamento na teoria da falta administrativa (*não funcionamento, mau funcionamento ou funcionamento tardio do serviço público*), por vezes cumulada com a teoria da culpa presumida da Administração para fins da utilização do critério de inversão do ônus da prova em favor do administrado, ensejando a responsabilização subjetiva do Estado.

<sup>147</sup> Nesse ponto, importar o registrar o pensamento de Patrícia R. Serra Vieira e a importância conferida por essa autora à socialização dos riscos próprios da vida em sociedade, inclusive com possibilidade de o Estado figurar como agente regulatório dessa socialização: “O desenvolvimento tecnológico e científico acelerou-se, gerando preocupação diante da possibilidade de haver novos danos, como os provocados pelo avanço da atividade nuclear, pela maior incidência de agressões ao meio ambiente, os relativos à complexidade dos maquinários e os referentes à dificuldade e/ou impossibilidade de responsabilização individual, uma vez que a responsabilidade subjetiva – centrada na ação culposa do agente – não sobreviveria, apesar da busca ao emprego do dever de reparar. A socialização dos riscos – que consiste, em termos individuais, numa maior ou menor contribuição de acordo com a capacidade econômica e a posição social e, em termos coletivos, sugere a avaliação do maior ou menor grau de periculosidade da atividade exercida – tornar-se-ia consectário de justiça. O papel do Estado seria, na via administrativa, o de prover fundos de garantia como mecanismos de socialização. O Estado estabeleceria o quantum de contribuição a arrecadar; e tal quantum seria revertido para o pagamento de indenizações. [...] A socialização dos riscos proporciona segurança às relações sociais, preservando a liberdade de ação e de investimentos, pela possibilidade de cobertura dos riscos de atividades empresariais. O próprio Estado figura como propulsor de uma política assistencialista na hipótese de danos ocasionados por eclosões fortuitas e catastróficas. Cada indivíduo, assim como a coletividade, adquire antecipadamente o direito de indenização, dentro do possível, integral, por qualquer dano que venha a sofrer no decorrer de sua vida. No âmbito coletivo, sobretudo, que envolve vultosas somas indenizatórias, torna-se viável a implementação de uma política de seguridade, condicionada, portanto, à situação econômica do país e à adoção de políticas acertadas sobre a prevenção de danos coletivos”. Cf. SERRA VIEIRA. Op. cit., p.73-5. Pode-se perceber, no entanto, que, a rigor, a responsabilidade não recairia exatamente sobre o Estado, mas sim sobre toda a sociedade enquanto interessada e partícipe da socialização do ônus reparatório. Ao Estado, salvo melhor juízo, competiria regular os mecanismos necessários a tanto.

<sup>148</sup> Nesse sentido, cabe também a crítica registrada por SERRA VIEIRA. Op. cit., p.74.

Dois julgados do Supremo Tribunal Federal servem bem à ilustração da diversidade de entendimentos aqui referida.

A ementa do primeiro acórdão utilizado para a ilustração pretendida, cujo relator foi o Ministro Carlos Velloso, faz expressa referência à teoria da falta administrativa ou da falta do serviço para decidir pela responsabilidade subjetiva do Estado em hipótese de conduta omissiva deste:

Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. A falta do serviço – *faute du service* dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. (RE 369.820, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-11-03, DJ de 27-2-04).<sup>149</sup>

Já a ementa do segundo acórdão, relatado pelo Ministro Celso de Mello, registra a adoção da teoria do risco administrativo para justificar a responsabilidade civil objetiva do Estado, mesmo em hipótese de conduta omissiva, julgando desnecessária a presença do elemento subjetivo culposo, e quer se trate de ato lícito ou ilícito da Administração:

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417). (RE 109.615, Rel.

<sup>149</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 369.820, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 27-2-04. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2009.

Min. Celso de Mello, julgamento em 28-5-96, *DJ* de 2-8-96).<sup>150</sup>

A controvérsia jurisprudencial reflete o desencontro doutrinário em torno do tema.

Em doutrina, Wilson Alves de Souza registra a controvérsia afirmando que há quem entenda que a teoria do risco administrativo só seria aplicável nos casos de atos lesivos comissivos lícitos, “aplicando-se, pois, a teoria da culpa administrativa nos casos de atos lesivos comissivos ilícitos e omissivos, o que significa dizer que nesses dois últimos casos a responsabilidade é subjetiva”<sup>151</sup>. A respeito do assunto, manifesta-se contrário ao entendimento restritivo, defendendo a aplicação da teoria do risco administrativo e responsabilização objetiva do Estado tanto em razão de atos lícitos quanto para atos ilícitos, sejam estes comissivos ou omissivos. Aduz o referido autor:

Parece-nos que o fato de algum agente do Estado ter agido com dolo ou culpa nem sempre afasta a responsabilidade objetiva do Estado. Como visto acima, o Estado atua por meio dos seus agentes. A conduta ilícita (dolosa ou culposa) do agente estatal é, assim, conduta ilícita do Estado, impondo-se aqui, com mais forte razão, a aplicação da teoria do risco administrativo e a conseqüente solução da responsabilidade objetiva, na medida em que o Estado atuou em situação de risco ao escolher mal os seus agentes. Em princípio, não se vai investigar culpa do agente estatal, exatamente porque a responsabilidade é objetiva, a não ser que a demanda se fundamente em responsabilidade subjetiva de determinado agente especificadamente, a exemplo de responsabilidade do Estado pelo fato de determinado juiz ter proferido sentença por corrupção.

Pela mesma razão, não se pode encontrar solução diferente em caso de atos omissivos. Se o Estado, por meio do seu agente, devia atuar e não atuou, ou só atuou tardiamente, gerando em qualquer das situações dano ao administrado, evidentemente que essa omissão é causa do dano, não apenas condição do dano. A não atuação do agente estatal significa não atuação do próprio Estado, de modo que se o dano, ante tal nexos causal, resultou em prejuízo para a vítima não há razão para não se afirmar a responsabilidade objetiva do Estado. [...].<sup>152</sup>

Sobre o assunto, importa registrar a linha de raciocínio de Celso Antonio Bandeira de Mello. Entende esse autor ser necessário distinguir a “objetividade de dada conduta, à qual se atribui o dano, e a objetividade da responsabilidade. A primeira é sempre objetiva, pois o direito só se ocupa de situações tomadas em sua objetividade, isto é, como um dado objetivo. A segunda sê-lo-á ou não”<sup>153</sup>.

<sup>150</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 109.615, Rel. Celso de Mello, *DJ* 2-8-96. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2009.

<sup>151</sup> Wilson Alves de SOUZA. Op. cit., 2006, p.305.

<sup>152</sup> Id. *Ibid.*, p.305-6.

<sup>153</sup> MELLO. Op. cit., p.810.

O autor em foco doutrina que a responsabilidade estatal será objetiva quando houver conduta comissiva estatal, lícita ou ilícita, geradora de dano. Fundamento dessa responsabilização objetiva em razão de atuação comissiva geradora de dano é o próprio princípio da igualdade informador da teoria do risco administrativo, conforme explica:

Contudo, a toda evidência, o princípio da isonomia estaria a exigir reparação em prol de quem foi lesado a fim de que se satisfizesse o interesse da sociedade. Quem auferir os cômodos deve suportar os correlatos ônus. Se a sociedade, encarnada juridicamente no Estado, colhe os proveitos, há de arcar com os gravames econômicos que infligiu a alguns para o benefício de todos.<sup>154</sup>

Acrescenta, por outro lado, que a conduta comissiva geradora de dano atrairá a responsabilidade objetiva mesmo que o atuar estatal seja ilegítimo, porquanto irrelevante discutir a legalidade de tal atuação, se desta resulta dano para o administrado, situação que há de ser resolvida em face do sujeito passivo lesado, “e não em face dos caracteres do comportamento do sujeito ativo”. Com efeito, aduz esse autor:

[...] Deveras, se a conduta legítima produtora do dano enseja responsabilidade objetiva, *a fortiori* deverá ensejá-la a conduta ilegítima causadora de lesão jurídica. É que tanto numa como noutra hipótese o administrado não tem como se evadir à ação estatal. Fica à sua mercê, sujeito a um poder que investe sobre uma situação juridicamente protegida e a agrava. Saber-se, pois, se o Estado agiu ou não culposamente (ou dolosamente) é questão irrelevante. Relevante é a perda da situação juridicamente protegida. Este só fato já é bastante para postular a reparação patrimonial.<sup>155</sup>

Para a hipótese de conduta omissiva do Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta ser o caso de responsabilidade subjetiva desse Estado, informada pela teoria da falta administrativa ou falta do serviço, ainda que mediante presunção de culpa da Administração. O autor explica que, na hipótese de omissão, o Estado somente será responsabilizado após investigação em torno da conduta omissiva, de modo a saber a respeito da culpa ou dolo no caso concreto. Ainda segundo o autor:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), é de 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

<sup>154</sup> Id., *Ibid.*, p. 817.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 817-8.

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 conseqüências 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.<sup>156</sup>

Segundo Celso Antônio, quando o dano decorrer de omissão do estado, esta omissão não seria suficiente para gerar o dever de indenizar, sendo necessária a caracterização de comportamento ilícito, no sentido de “não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível”<sup>157</sup>. Para esse autor a omissão seria apenas “condição” do dano, e não “causa”, definindo “causa” como “fator que positivamente gera um resultado”, e “condição” como “o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado”<sup>158</sup>.

A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello reporta-se, ainda, a outra hipótese de responsabilidade objetiva do Estado, a ocorrer quando este, embora sem ser o autor do dano, cria para ele a situação propiciatória. Mello entende que, em tais situações, “é o próprio Poder Público que, embora sem ser o autor do dano, compõe, por ato seu, situação propícia à eventualidade do dano”<sup>159</sup>. A responsabilização aqui ocorreria à semelhança da responsabilização em razão do risco criado pela atividade comissiva do Estado. Para o autor:

Assim, a explosão de um paiol onde estejam armazenadas munições de guerra, ainda que haja sido provocada por um raio (força da natureza), ensejará a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados a pessoas ou bens avizinados do sinistro.

A fuga de internos em manicômio ou presídio que se homiziem nas vizinhanças e realizem violências sobre bens ou pessoas sediados nas imediações ou que nelas estejam acarretará responsabilidade objetiva do Estado.

Cumpre, apenas, esclarecer que a responsabilidade em tais casos evidentemente está correlacionada com o risco suscitado. Donde, se a lesão sofrida não guardar qualquer vínculo com este pressuposto, não haverá que se falar

<sup>156</sup> Ibid., p.818-9. O autor ressalva hipótese em que o defeito de atuação pelo mau funcionamento é o próprio gerador do dano, equivalendo a conduta comissiva produtora da lesão. Cf. p.816.

<sup>157</sup> Ibid., p.819.

<sup>158</sup> Ibid., p.820.

<sup>159</sup> Ibid., p.824.

em responsabilidade objetiva.<sup>160</sup>

Dessa forma, à luz da norma inserida no art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, no que toca, portanto, especificamente à responsabilidade civil do Estado brasileiro, conclui Celso Antônio Bandeira de Mello que:

Com efeito, dúvida alguma pode prosperar quanto ao cabimento da responsabilização objetiva no caso de atos lícitos causadores de prejuízo especial e anormal aos administrados. Assim também no caso de danos oriundos do chamado ‘fato das coisas’, quando as lesões ao patrimônio privado decorrerem, por exemplo, de explosões em arsenais públicos ou de modo geral em bens ou serviços a cargo do Estado, ainda que estes sejam devidos a casos fortuitos.

De outra parte, há largo campo para a responsabilidade subjetiva no caso de atos omissivos, determinando-se, então, a responsabilização pela teoria da culpa ou falta do serviço, seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente.<sup>161</sup>

A matéria também foi enfrentada por Saulo José Casali Bahia. Este acredita haver interpretação equivocada do art. 37, § 6º da Constituição, que não teria previsto a responsabilidade civil objetiva do Estado para todos os casos em que este seja tido como responsável<sup>162</sup>. Destaca que “o que se chama de teoria objetiva nada mais é, por vezes, do que uma inversão do ônus probatório da culpa (culpa presumida)”<sup>163</sup>. Para o autor:

Para se dizer realmente objetiva, a conduta ou deve ser lícita, praticada pelo Estado, e responsabilizá-lo, ou praticada por terceiros, lícita ou não, mas atraindo a responsabilidade civil para o Poder público, sem que houvesse, para o mesmo, qualquer possibilidade de evitá-la (se pudesse, e não o fizesse, estaria agindo com culpa).<sup>164</sup>

Saulo Casali defende, em sintonia com Celso Antônio Bandeira de Mello, que a conduta omissiva causadora de dano atrairá a incidência da teoria da falta administrativa, não se podendo falar em responsabilização objetiva do Estado pela teoria do risco administrativo. Alia-se também ao entendimento de que a norma inserida no art. 37, § 6º, da Constituição, comporta

<sup>160</sup> Ibid., p.824. Grifo do autor.

<sup>161</sup> Ibid., p.837.

<sup>162</sup> BAHIA. Op. cit., p.28.

<sup>163</sup> Ibid., p.59.

<sup>164</sup> Ibid., p.59.

essa responsabilização subjetiva quando o dano decorrer de conduta omissiva estatal<sup>165</sup>.

Para Leonardo José Carneiro da Cunha, ambas as modalidades de responsabilidade civil, subjetiva e objetiva, convivem no ordenamento jurídico pátrio.

Na realidade, a responsabilidade *objetiva* do Estado somente se aplica aos comportamentos comissivos. No que respeita à *omissão* ou atuação *omissiva*, a responsabilidade do Estado é subjetiva, denominada pela doutrina de ‘culpa anônima’ ou ‘falta de serviço’ em tradução à expressão francesa *faute de service*<sup>166</sup>.

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, por sua vez, rejeita a distinção entre “causa” e “condição” do dano apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello para justificar a responsabilidade subjetiva do Estado em hipótese de dano decorrente de ato omissivo. Assegura esse autor que:

Essa sutil e intrincada diferenciação mais parece uma forçosa tentativa de assegurar a permanência da teoria subjetiva ao menos para os atos omissivos, resguardando assim o Estado de ter que arcar com muitos prejuízos causados aos seus administrados – sendo que o sucesso obtido na aplicação desta tese mais se deve aos fins que assegura, do que ao conteúdo jurídico que contempla.<sup>167</sup>

Nessa linha, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho defende que desde a Constituição de 1946, seguidas pelas seguintes até a de 1988, a intenção do legislador constituinte foi a de “eliminar, de vez, a teoria subjetiva da responsabilidade do Estado, simplificando sobremaneira a lide a ser enfrentada pela vítima, que já não mais precisa demonstrar a ocorrência de culpa, ainda que anônima, na atuação omissiva ou comissiva do Estado”<sup>168</sup>.

A linha de argumentação de Juarez Freitas é no sentido de que pouco importa, para fins de responsabilidade civil do Estado, se o dano decorreu de ato estatal comissivo ou omissivo. Desde que presentes o nexo causal e o dano, as condutas omissivas ou comissivas causadoras

<sup>165</sup> Ibid., p.69-70.

<sup>166</sup> Leonardo José Carneiro da CUNHA. **A Fazenda Pública em Juízo**. 2.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005, p.146, nota de rodapé.

<sup>167</sup> MONTEIRO FILHO. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: Juarez FREITAS (Org.). Op. cit., p.54, em nota de rodapé.

<sup>168</sup> Id., Ibid., p. 54. Por oportuno, convém registrar observação feita por José Renato Nalini em torno do tema da responsabilidade civil do Estado: “Paradoxal que a pregação dum ideal do Estado mínimo conviva com a nítida tendência de se atribuir ao governo uma carga crescente de obrigações. Ou que se cultive uma consciência bem lúcida de que esse instrumento de realização das finalidades coletivas é titular de um dever jurídico resultante da violação de direitos”. Cf. José Renato NALINI. Responsabilidade civil ambiental por omissão do Estado. In: José Luiz Gavião de ALMEIDA. (Org.). Op. cit., p.75.

de dano deverão ser consideradas condutas ilícitas em sentido amplo, e ensejar a responsabilidade objetiva do Estado. O autor argumenta que:

Não há nada de substancial, no sistema brasileiro, que justifique um tratamento radicalmente distinto entre ações e omissões: a responsabilidade é proporcional. Sem diferença de fundo, a omissão consoma o dano pelo não cumprimento de incontornável dever do Estado.<sup>169</sup>

O referido autor rejeita, ainda, o receio de que as condutas comissivas ou omissivas tomadas como ilícitos em sentido amplo, e que justificam o dever objetivo de indenizar, tendam a transformar o Estado em segurador universal. Entende que a “responsabilidade do Estado bem pode ser objetiva, sem que, para isso, tenha-se de acolher a indenização de qualquer dano que não se enquadre como antijurídico e desproporcional”<sup>170</sup>. Para ele:

Por essa via, afasta-se, por inteiro, a conversão absurda e bizarra do Estado em segurador universal. Mais: aplica-se vantajosamente o nexos de causalidade proporcional, que impele o Poder Público a cumprir as suas indeclináveis tarefas positivas e negativas, hoje negligenciadas. Tudo no intuito de proteger a intersubjetiva dignidade humana, além de fazer respeitar a intangibilidade nuclear dos direitos fundamentais.

Entendido o nexos causal em novas bases, não se vislumbra motivo plausível para a vítima ter de provar culpa ou dolo dos agentes públicos por omissão. À vítima incumbe alegar a antijuridicidade, mais ou menos grave, ora pelo cometimento de excessos, ora pela não menos nociva inatividade formal e material. Numa e noutra hipótese, ocorrida a violação, cristaliza-se o dano indenizável.<sup>171</sup>

Juarez Freitas defende, então, que a responsabilidade civil objetiva do Estado é a regra que decorre da Constituição de 1988, desde que orientada pelo princípio da proporcionalidade, “*que veda excessos e omissões*”<sup>172</sup>.

<sup>169</sup> Juarez FREITAS. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS (Org.). Op. cit., p.171. Argumenta, ainda, que “a consagração da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais (CF, art. 5, § 1º) funciona como anteparo contra a teoria segundo a qual não poderia o Estado ser objetivamente responsabilizado por omissões. Com efeito, os requisitos da responsabilidade estatal objetiva são, em grandes traços, os seguintes: (a) a existência de dano material ou imaterial, juridicamente injusto e desproporcional; (b) o nexos causal direto; e (c) a conduta omissiva ou comissiva do agente da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, nessa qualidade”. Cf. p.177-8.

<sup>170</sup> FREITAS. Op. cit., p.171.

<sup>171</sup> Id., Ibid., p.171.

<sup>172</sup> Esclarece esse autor que: “O princípio da proporcionalidade determina que o Estado não deve agir com demasiada, tampouco de modo insuficiente, na consecução dos seus objetivos. Desproporções – para mais ou para menos – caracterizam violações ao princípio e, portanto, antijuridicidade. Para ilustrar, se a Administração Pública, à guisa de retirar de circulação alimentos deteriorados, destrói produtos sadios, incorre em vício por descomedimento. No pólo oposto, quando não respeita, quiçá por acrasia, a duração razoável do processo administrativo de

Marçal Justen Filho, por sua vez, destaca a insuficiência da “teoria objetiva causalista” para servir de fundamento teórico à responsabilidade civil do Estado, “especialmente nas hipóteses de omissão – o que gera para seus defensores a necessidade de adotar concepções distintas para a responsabilidade civil do Estado por ação e por omissão”<sup>173</sup>. O autor defende tratamento uniforme para ações e omissões, calcado na objetivação da culpa, que despreza a distinção entre conduta comissiva e omissiva para fins de responsabilização subjetiva do Estado:

É mais apropriado aludir a uma objetivação da culpa. Aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio.

Quando o Estado infringir esse dever objetivo e, exercitando suas competências, der oportunidade à ocorrência do dano, estarão presentes os elementos necessários à formulação de um juízo de reprovabilidade quanto à sua conduta. Não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica no sentido da ação ou omissão causadoras do dano. A omissão da conduta necessária e adequada consiste na materialização de vontade defeituosamente desenvolvida. Logo, a responsabilidade continua a envolver um elemento subjetivo, consistente na formulação defeituosa da vontade de agir ou deixar de agir.<sup>174</sup>

De outro lado, advoga que a responsabilidade civil do Estado por atos lícitos somente pode ocorrer à luz de hipóteses expressamente previstas em lei, de modo que, “ressalvadas hipóteses em que houver solução legislativa explícita diversa, somente é possível responsabilizar o Estado quando a ação ou omissão a ele imputável for antijurídica”<sup>175</sup>. Para o autor:

É possível a lei estabelecer que o Estado responderá civilmente por danos acarretados a terceiros, em hipóteses nas quais não tenha atuado de modo reprovável para sua consumação. O exemplo, já referido acima, é a ocorrência de atentado terrorista (Lei federal n. 10.744/2003). [...]

---

licenciamento ambiental, quebra a proporção, por restar aquém do cumprimento de dever positivamente estabelecido. A grave violação sucede em ambos os casos. No primeiro, ocorre excesso arbitrário. No segundo, tem-se a não menos reprovável inobservância de uma obrigação. Do nexos causal direto e “imediato” (o primeiro requisito) e do dano juridicamente injusto (segundo requisito), dimanam o dever reparatório ou compensatório, incumbindo o ônus da prova da não-formação do nexos causal ao Poder Público”. FREITAS. Op., cit., p.172-3. Acrescenta que “não se cogita defender a culpa presumida, mas a inversão do ônus da prova do nexos de causalidade, toda vez que se discutir o dano injusto causado por uma conduta omissiva ou comissiva, sem prejuízo das excluídas trazidas pelo Poder Público”. Cf. p.182.

<sup>173</sup> Marçal JUSTEN FILHO. Op., cit., p.1079.

<sup>174</sup> Id., Ibid., p.1079-80. Afirma, ainda, esse autor: “Tradicionalmente, afirma-se que a responsabilidade civil do Estado por ato comissivo tem cunho objetivo, enquanto a responsabilidade por ato omissivo apresenta natureza subjetiva. Essa tese é logicamente insustentável, e se afigura muito mais razoável afirmar que, em todos os casos, há um elemento subjetivo, mas subordinado a um regime especial”. Cf. p.1082. Acrescenta, a propósito, que “as hipóteses de dano derivado de omissão podem ser diferenciadas em dois grandes grupos. Existem os casos em que uma norma prevê o dever de atuação e a omissão corresponde à infração direta ao dever jurídico (ilícito omissivo próprio). E há casos em que a norma prescreve certo resultado danoso, o qual vem a se consumir em virtude da ausência da adoção das cautelas necessárias a tanto (ilícito omissivo impróprio)”. Cf. p.1082-3.

<sup>175</sup> Ibid., p.1080.

Mas na ausência de dispositivo legal institutivo da responsabilidade civil objetiva do Estado, faz-se sempre necessária a existência de um elemento subjetivo de cunho reprovável para a responsabilização estatal. Esse elemento subjetivo pode ser presumido, tal como acima exposto, em virtude da consumação do evento danoso numa situação em que a adoção de cautelas e providências teria impedido que tal se passasse.

Não se admite que um ato jurídico conforme ao direito, praticado pelo Estado de modo regular e perfeito, acarrete sua responsabilização civil – exceto quando essa for a opção explícita em lei.<sup>176</sup>

Defende, portanto, Marçal Justen Filho, que o Estado deve responder por dano causado ao administrado pela via da responsabilidade subjetiva, ainda que mediante presunção de culpa, independentemente de a conduta ser comissiva ou omissiva, bem como que os atos estatais lícitos causadores de prejuízo só ensejam responsabilidade civil do Estado se assim estiver expressamente previsto em lei.

### 3.4 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL

O Estado não será responsabilizado se ausente quaisquer dos pressupostos ou elementos que ensejam a sua responsabilização. O entendimento a respeito de quais sejam as excludentes costuma corresponder à teoria em torno dos elementos que caracterizam a responsabilidade.

Com efeito, adotando-se a tese de que a Constituição de 1988 consagrou apenas a responsabilidade civil objetiva do Estado, retirando o foco da conduta para incidi-lo sobre o dano e o nexos causal, então será certo afirmar que a teoria em torno das chamadas excludentes de responsabilidade, nessa situação, passará ao largo da hipótese de ausência de conduta dolosa ou culposa do Estado como causa elidente do dever de indenizar.

Assim, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que “nos casos de responsabilidade objetiva o Estado só eximirá de responder se faltar o nexos causal entre seu comportamento comissivo e o dano”<sup>177</sup>. O autor defende, ainda na hipótese de responsabilidade objetiva, que “eventual invocação de força maior – força da natureza irresistível – é relevante apenas na medida em que pode comprovar ausência de nexos causal entre a atuação do Estado e o

---

<sup>176</sup> Ibid., p.1081.

<sup>177</sup> MELLO. Op. cit., 2001, p.829.

dano ocorrido. Se foi produzido por força maior, então não foi produzido pelo Estado”<sup>178</sup>.

De outro lado, no que toca à responsabilidade subjetiva, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que, se o dano era evitável, somente se eximirá o Estado se demonstrar não ter agido culposa ou dolosamente, vale dizer, não ter incidido em negligência, imprudência ou imperícia. Se, contudo, o dano era inevitável, a hipótese será de exclusão de responsabilidade em razão da ocorrência de força maior<sup>179</sup>. Tratando-se caso fortuito, faz o autor a seguinte ressalva:

[...] Pensamos que o mesmo não se sucederá necessariamente ante os casos fortuitos. Se falta alguma técnica, de razão inapreensível, implica omissão de um comportamento possível, a impossibilidade de descobri-la, por seu caráter acidental, não elide o defeito do funcionamento do serviço devido pelo Estado.<sup>180</sup>

Marçal Justen Filho, por seu turno, considera inapropriado falar em exclusão de responsabilidade do Estado, entendendo que, em verdade, o que ocorre é a ausência de “elemento subjetivo reprovável por parte do agente que desempenha a função de órgão estatal”<sup>181</sup>. Para o autor, “isso se passa, basicamente, nos casos de (a) culpa da vítima; (b) culpa de terceiro; (c) exercício regular de direito pelo agente estatal; (d) caso fortuito ou força maior”<sup>182</sup>.

Importa perceber, portanto, que, à semelhança do que ocorre com o entendimento a respeito de quais sejam os elementos necessários à responsabilização do Poder Público, também aqui o entendimento variará, de modo a acompanhar a linha de pensamento que se adotar a respeito do fundamento teórico informador do dever de indenizar danos causados pelo Estado.

### 3.5 CONCLUSÃO

À luz do panorama teórico traçado no presente capítulo, não é desarrazoado afirmar que diferentes teorias podem servir de fundamento ao dever constitucionalmente imposto ao Estado

<sup>178</sup> Id., Ibid., p. 830.

<sup>179</sup> Ibid., p.831.

<sup>180</sup> Ibid., p.831. Nesse ponto, é pertinente registrar doutrina de Saulo José Casali Bahia: “Por outro lado, haveria casos fortuitos (denominados casos fortuitos externos) que não adviriam da atividade da administração, mas de terceiros ou da natureza. Nesse caso, a administração não deveria reparar ao lesado (só a teoria do risco social fará com que o caso fortuito externo não sirva como excludente). Num exemplo: ninguém poderá reclamar responsabilidade civil do Estado se um raio caiu sobre sua residência e danificou o telhado. A diferenciação entre o fortuito interno e o fortuito externo, só o último isentando de responsabilidade civil a Administração, nos casos de risco administrativo, nem sempre é bem percebida”. BAHIA. Op. cit., p.71-72.

<sup>181</sup> JUSTEN FILHO. Op. cit., p.1087.

<sup>182</sup> Ibid., p.1087.

brasileiro de indenizar os danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho apontam para essa possibilidade:

Registre-se, porém, que a aceitação de uma teoria – no caso, a visão objetiva do risco administrativo – não importa, necessariamente, no abandono das anteriores, em caso de situações heterodoxamente peculiares, sendo possível a sua coexistência, a depender de cada situação concreta.<sup>183</sup>

Assim também Saulo José Casali Bahia, que salienta que as teorias acerca da responsabilidade civil do Estado “não se sucederam por substituição umas às outras. A aceitação de uma teoria não representa o abandono ou o esquecimento de outra. Ao contrário, o mundo jurídico verificou a coexistência progressiva destas teorias”<sup>184</sup>.

De fato, por mais que se afirme que a norma inserida no art. 37, § 6º, da Constituição de 1988, representa a acolhida da teoria do risco administrativo e traduz o princípio da responsabilidade civil objetiva do Estado, o que se constata é diversidade de entendimentos em torno do assunto, e isso em razão de compreensões diversas, ora a respeito da caracterização de ato ilícito, ora a respeito dos elementos que devem estar presentes para gerar o dever de indenizar, ora, ainda, mas não somente, a respeito do que efetivamente caracteriza a própria responsabilidade objetiva. No particular, Yussef Said Cahali afirma tanto um suposto consenso em torno do tema quanto controvérsia em sua base teórica:

Mas, se há consenso quanto a entender que o direito brasileiro, através da repetitiva regra constitucional, adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, manifesta-se, contudo, profunda discórdia quanto à extensão do conceito de responsabilidade objetiva, exatamente em função a teoria que deve lhe servir de fundamento.<sup>185</sup>

De qualquer modo, o que reputamos importante é que a adoção de uma ou outra linha de pensamento vem servindo de fundamento ao dever de reparar dano decorrente da atividade do Poder Público. É o que anota Saulo José Casali Bahia:

A consideração de que se adotou, no Brasil, genericamente, a teoria objetiva (fazendo-se grande confusão com a teoria do risco administrativo ou com a teoria da culpa administrativa), principia pelo fato de que os resultados, mui-

---

<sup>183</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. vol.III: responsabilidade civil. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.196-7.

<sup>184</sup> BAHIA. Op. cit., p.12.

<sup>185</sup> CAHALI. Op. cit., p.32.

tas vezes, adotando-se qualquer uma destas teorias, serão os mesmos.<sup>186</sup>

É também o que observa Celso Antônio Bandeira de Mello, constatando que, por vezes, os tribunais referem-se à determinada teoria para embasar decisão de responsabilização do Estado, mas, na prática, terminam por utilizar outra:

De há muito os Tribunais brasileiros invocam a responsabilidade objetiva do Estado, mencionando-a como se fora o fundamento de Direito Positivo que lhes supedita as decisões. Vale dizer, tomam por estribo o preceptivo constitucional (atual art. 37, § 6º), atribuindo-lhe o intuito de acolher como regra de nosso Direito a responsabilidade objetiva. Inobstante, em grande número de casos, apesar desta invocação, o que fazem é aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva em sua modalidade ‘falta de serviço’ (ou ‘culpa de serviço’). O exame dos fundamentos das decisões comprova que invocam uma teoria, declarando-a acolhida pelo Texto Constitucional, mas fundamentam-se em outra, consoante o exposto. Sem embargo, em outros tantos casos não há negar que, realmente, estão embasadas na responsabilidade objetiva propriamente dita.<sup>187</sup>

Demais disso, a oscilação em termos de fundamentação teórica do dever estatal de indenizar serve ao incremento da discussão do tema da responsabilidade civil do Estado. Tal discussão, segundo pensamos, toma o caminho da defesa da ampla reparação dos danos provocados pelo Estado.

Quer pelo prisma da objetivação da culpa e do dever especial de diligência referidos por Marçal Justen Filho<sup>188</sup>, quer sob a ótica da aplicação do princípio da proporcionalidade para vedação tanto de excesso quanto de inoperância estatal mencionados por Juarez Freitas, ou, ainda, à luz da teoria do risco integral, percebe-se desenvolvimento de corrente doutrinária que busca superar concepções teóricas propícias à irreparabilidade de danos causados pelo Estado.

Importa ressaltar que não se está a defender aqui responsabilização civil irrestrita do Estado, mas sim efetiva reparação de dano em situações que demandem por isso, o que implica na superação de construções teóricas que, na prática, sirvam de escudo ao Estado e em prejuízo às vítimas. Quando se opõem à objetividade do dano e do nexo causal entre este a atividade estatal as mais intrincadas teorias e exceções, corre-se o risco da irreparabilidade pura e simples, o que, em última análise, pode significar a negação do próprio instituto da responsabi-

<sup>186</sup> BAHIA. Op. cit., p.29.

<sup>187</sup> MELLO. Op. cit., p.843-4. Grifos do autor.

<sup>188</sup> A respeito do dever especial de diligência dos agentes públicos conferir JUSTEN FILHO, Marçal. Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez. (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 233.

dade civil do Estado.

## 4 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO JURISDICIONAL

### 4.1 INTRODUÇÃO

O tema da responsabilidade civil gera importantes desdobramentos quando o prejuízo a ser reparado decorre da atividade jurisdicional. Segundo Yussef Said Cahali, “a irresponsabilidade dos danos causados pelos atos judiciais, sem embargo da concessão feita à reparação dos danos resultantes do erro judiciário, constitui o último reduto da teoria da irresponsabilidade civil do Estado”<sup>189</sup>.

Explica-nos Wilson Alves de Souza, a propósito, que se, de um lado, a responsabilidade civil do Estado por ato administrativo já não encontra mais resistência, “a responsabilidade do Estado por ato judicial ainda é tema polêmico na doutrina e na jurisprudência, principalmente fora do âmbito do processo penal”<sup>190</sup>.

No entanto, que a atividade jurisdicional é passível de causar dano, é fato que, hoje, também não comporta discussão. Tanto sim, que a Comissão Revisora da Constituição de 1988, segundo noticia Yussef Said Cahali, chegou a propor a inserção no texto constitucional de dispositivo que contemplasse, de forma expressa, a possibilidade de responsabilização do Estado por ato do juiz. De acordo com o relatório apresentado pela referida Comissão, “para além da culpabilidade ou ilicitude, o fundamento da responsabilidade objetiva do Estado por ato do juiz encontra-se na própria Constituição”<sup>191</sup>. Conclui-se, em seguida, que:

A introdução, pois, do proposto § 3º do art. 95 do texto constitucional é corolário do próprio modelo de responsabilidade da Magistratura que se quer implantar, assentada em dois vértices: a responsabilidade civil e a responsabilidade disciplinar (cujo controle estará a cargo do Conselho Nacional de Justiça e dos tribunais), evoluindo-se do isolamento orgânico-corporativo do Judiciário para um modelo de responsabilidade social, nos parâmetros preconizados por Cappelletti.<sup>192</sup>

<sup>189</sup> CAHALI. Op. cit., p.469.

<sup>190</sup> Wilson Alves de SOUZA. **Acesso à Justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português. Coimbra: 2006, p.318.

<sup>191</sup> CAHALI. Op. cit., p.471.

<sup>192</sup> Id., Ibid., p.471.

Embora a proposta não tenha vingado, apenas a intenção de inserir o tema da responsabilidade civil do Estado por dano decorrente da atividade jurisdicional no texto constitucional revela, segundo pensamos, o reconhecimento do potencial lesivo dessa função estatal. Sendo enorme o poder conferido ao juiz para exercício da função jurisdicional, logo se nota que esse poder deveria estar atrelado a um amplo sistema de responsabilização. Tanto melhor que estivesse previsto no texto constitucional e, ainda mais, de forma expressa e inequívoca.

#### 4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO JURISDICIONAL E RESPONSABILIDADE CIVIL POR FALHA EXCLUSIVA DO SERVIÇO JUDICIÁRIO

Danielle Annoni anota que a atividade jurisdicional é espécie do gênero atividade judiciária, sendo que a “a atividade jurisdicional (do latim *juris dictio*, dizer o direito) é somente aquela praticada pelo juiz togado. É a materialização da finalidade essencial do Estado-juiz, que se traduz pela prestação jurisdicional”<sup>193</sup>.

Quando não disser respeito à atividade jurisdicional propriamente dita, o dano daí decorrente somente pode ensejar a responsabilidade civil do Estado, não a do juiz. Imagine-se hipótese em que se alega prejuízo relacionado com perecimento de direito em razão de não haver juiz em determinada comarca para apreciar pedido de medida cautelar urgente, em situação em que a ausência se deve à não designação do agente público pelo órgão judiciário competente. Nessa hipótese, o dano se deve a falha ou falta exclusiva do serviço, vale dizer, falha da máquina judiciária a cargo de um dos Poderes do Estado, atraindo a responsabilidade exclusiva deste.

De outro lado, se o dano estiver relacionado com o exercício da atividade jurisdicional, ou seja, com ato de juiz no exercício de sua função típica, a responsabilidade civil a incidir pode envolver tanto o Estado quanto o próprio magistrado.

Com efeito, para a entrega da prestação jurisdicional, o juiz pratica uma série de atos ao longo do processo, devendo agir em conformidade com a legislação que lhe regula a atividade, de modo a, reunindo o processo condições para tanto, poder dizer o direito aplicável ao caso con-

---

<sup>193</sup> Danielle ANNONI. Op. cit., p.102. A esse respeito, observa Giovanni Ettore Nanni que “o juiz desempenha sua função jurisdicional que lhe é típica, resolvendo o litígio entre as partes, aplicando o direito aos casos concretos. Em segundo lugar, exerce o juiz atividade administrativa, que lhe é atípica, como se praticada por administrador público [...]. Cf. Giovanni Ettore NANNI. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.202.

creto. Nesse percurso, o juiz é passível de cometer erros de procedimento e ou de julgamento, tanto por dolo, quanto por culpa (negligência, imprudência ou imperícia). Tais erros, por sua vez, se violarem direitos e causarem danos a outrem<sup>194</sup>, ensejam, a princípio, a responsabilidade civil do Estado, conforme decorre da norma inserida no art. 37, § 6º, da Constituição de 1988. E podem, também em princípio, ensejar a responsabilidade civil do próprio magistrado faltoso, se presentes as hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 133 do Código de Processo Civil.

Em que pesem os desdobramentos que as afirmações acima suscitam, o que importa destacar, por ora, é que o ato jurisdicional danoso do juiz é passível de ensejar a responsabilidade tanto do Estado quanto a sua própria, enquanto a falha do serviço judiciário acarreta a responsabilidade exclusiva do ente público.

### 4.3 TEORIAS

Oreste Nestor de Souza Laspro observa que são praticamente os mesmos argumentos que servem à defesa da irresponsabilidade tanto do Estado quanto do juiz, ou, ainda, à responsabilização de um ou de outro<sup>195</sup>.

Com efeito, o tema da responsabilidade civil por danos decorrentes da atividade jurisdicional é marcado por teorias que ora procuram defender a total irresponsabilidade do Estado e do juiz, ora procuram responsabilizar este e ou aquele, por vezes a ambos de modo solidário, por vezes a um ou a outro de modo subsidiário.

#### 4.3.1 Teoria da irresponsabilidade do Estado e do juiz

##### 4.3.1.1 O argumento da falibilidade do juiz

O argumento da falibilidade do juiz defende que os jurisdicionados, ao procurarem o Poder Judiciário, saberiam previamente dos riscos da falibilidade humana, assumindo-os, portanto,

<sup>194</sup> Código Civil de 2002, art. 186.

<sup>195</sup> Oreste Nestor de Souza LASPRO. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.101.

sem nada poderem reclamar a respeito. Para Hélio Tornaghi:

[...] Para se corrigir sentença errada bastam os recursos; o prejuízo por ela causado é conseqüência natural da falibilidade humana; essa possibilidade de erro é fato da natureza não é ato do juiz. Desde logo, portanto, deve abandonar-se a idéia de que ele sempre responde pelo prejuízo causado por sentença errônea.<sup>196</sup>

O argumento a todos soa como falso. Mais do que monopólio do Estado, a atividade jurisdicional é obrigatória para situações de conflitos, já que a ordem jurídica veda, como regra, a autotutela dos próprios interesses. Segundo Saulo Casali, “a disponibilidade, fulcro do argumento, assim, inexistente”<sup>197</sup>. Acrescenta, ainda, esse autor, que a parte espera contar com funcionamento regular do serviço jurisdicional, de modo que a falha do agente encarregado de exercê-lo não há de afastar o direito à reparação<sup>198</sup>.

Demais disso, a prevalecer o argumento da falibilidade, ao Estado sempre seria dado resistir a um grande número de pretensões reparatórias, independentemente da qualidade do agente, já que a falha humana não poderia ser entendida como exclusiva do agente juiz. O argumento não escapou à crítica de Wilson Alves de Souza:

[...] É certo que, em regra, é bem maior a possibilidade de erro do juiz do que de outros agentes do Estado em face das peculiaridades da atividade jurisdicional, a exemplo de decisões urgentes, de excesso de processos a despachar e a decidir, da falta de colaboração das partes, etc., mas esse argumento não pode ser aceito como elemento de exclusão da responsabilidade do Estado em todo e qualquer caso, na medida em que a “falibilidade contingencial dos juizes” serviria de cobertura para o arbítrio judicial da pior espécie, sem possibilidade de o cidadão exigir responsabilidade contra atos manifestamente ilegais e até mesmo truculentos praticados por juizes. Veja-se que tais circunstâncias não são exclusivas da atividade jurisdicional. Muito ao contrário, existem atividades estatais que exigem maior grau de dificuldade em determinadas circunstâncias, a ensejar erros escusáveis, ante graves situações de risco, como soe acontecer com a atividade policial, e nem por isso se põe em questão a responsabilidade do Estado no que se refere a tal atividade.<sup>199</sup>

Pondere-se, ainda, que o enorme poder conferido ao juiz requer atuação ainda mais diligente e

<sup>196</sup> TORNAGHI. Op. cit., p.410-1.

<sup>197</sup> BAHIA. Responsabilidade civil por atos do juiz. **Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA**. n° 3, jul.1992/jun.1993. Coord: Sérgio Novais Dias e Saulo José Casali Bahia. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1993 (Anual), p.305.

<sup>198</sup> Id., Ibid., p. 305.

<sup>199</sup> Wilson Alves de SOUZA. **Acesso à Justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português. Coimbra: 2006, p.327.

atenta deste agente estatal.

#### 4.3.1.2 O argumento da soberania

Os teóricos da irresponsabilidade do Estado e do juiz também procuram justificá-la com base no argumento da soberania, no sentido de que a atividade jurisdicional seria atividade soberana do Estado, de interesse de todos, e, como tal, não poderia ser confrontada com interesses individuais de eventuais prejudicados com o seu exercício.

Pondere-se, a princípio, que a soberania não é atributo exclusivo dos representantes do Poder Judiciário, mas sim de todo agente estatal “provido de poder sem subordinação hierárquica (parlamentares, chefes de Estado e de governo, etc.), de modo que os atos praticados por qualquer outro agente estatal nessa qualidade são atos de soberania”<sup>200</sup>.

É certo, ainda, que o Estado existe exatamente para proteger interesses individuais, não podendo deixar sem reparação aquele que foi prejudicado por ato atribuível ao próprio Estado.

#### 4.3.1.3 O argumento da coisa julgada

A responsabilização do Estado e do juiz em razão de atos jurisdicionais é combatida com o discurso que invoca a necessidade de respeito e valorização da coisa julgada. Defende-se que a coisa julgada representa a consolidação do direito veiculado com a sentença, que, exatamente por isso, não poderia abrir espaço a ações indenizatórias, sob pena de violar-se a segurança decorrente do ato judicial imutável.

Segundo Mauro Cappelletti, o entendimento dos defensores da escusa da coisa julgada seria o de que “as decisões judiciais são normalmente sujeitas a recurso e o recurso constitui exatamente o instrumento regular e suficiente das partes para protegerem-se contra a injustiça judiciária”. E que na hipótese de a decisão, mesmo injusta, transitar em julgado, ainda assim

---

<sup>200</sup> Id., Ibid., p.322.

não se poderia cogitar de responsabilidade do Estado e dos seus agentes porque a decisão já teria adquirido a autoridade de coisa julgada, tendo ela criado “a sua própria verdade e o seu próprio direito; ela *facit jus*”. Logo, diz esse autor, a responsabilidade por dano sequer é cogitável porquanto, por princípio, a injúria não poderia derivar “da decisão que *facit jus*”<sup>201</sup>.

Datado do início do século passado, o argumento de Pedro Lessa é exatamente nessa linha. Esse autor advoga que o dano decorrente da atividade estatal deve acarretar a responsabilidade do Poder Público, em razão do princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Tal princípio, no entanto, somente sujeitaria os atos do Poder Judiciário se possível a rescisão da sentença acobertada pela autoridade da coisa julgada. Ainda segundo o autor:

Para os sectários da doutrina da responsabilidade fundada no direito público, é neste direito, e não no direito civil, que está a base jurídica da responsabilidade do estado. Nada tem que ver o direito privado com a questão que estudamos. A razão jurídica de ser o Estado obrigado a indenizar as offensas feitas aos direitos individuais está no princípio da igualdade dos ônus e encargos, princípio consagrado em varias leis dos povos cultos. Os serviços públicos acarretam necessariamente certos males, e estes devem ser soffridos por todos, contribuindo cada um para a indemnização do damno que incidiu numa só pessoa. [...]

[...].

Já o mesmo princípio não vigora em relação aos actos do poder judiciário. A irresponsabilidade do poder público neste caso é um corollario fatal da autoridade da coisa julgada. Ao particular lesado por uma sentença judicial só poderia ser facultada a propositura de uma acção de indemnização, depois de ter esgotado todos os recursos processuaes; mas, depois de esgotados todos esses recursos, a sentença é irretratável. Reclamar do estado um indemnização por essa decisão inalterável fôra iniciar um novo litígio sobre a questão já ultimada por uma sentença passada em julgado. Conseqüentemente, só nos casos de revisão e de rescisão de sentença é que podem os particulares obter o ressarcimento do prejuízo infligido por uma sentença ilegal.<sup>202</sup>

Wilson Alves de Souza, por sua vez, tem o seguinte entendimento a respeito do tema:

Deste modo, inequivocamente, a revisão criminal e a rescisão de sentença cível são pressupostos necessários à demanda de indenização por danos contra o Estado sob a alegação de erro judiciário existente em tais sentenças, concedendo-se, no entanto, o direito de propor a ação indenizatória ao mesmo tempo que se propõe a revisão criminal ou a ação rescisória, conforme o caso, ou pendente estas, as quais guardam uma relação de prejudicialidade com a ação indenizatória, de maneira que a improcedência da ação de revisão ou da ação rescisória conduzirá necessariamente à improcedência da ação de indenização, uma vez que tal improcedência revela que a sentença atacada está correta e, em consequência, não há dano algum ao autor da ação

<sup>201</sup> Mauro CAPPELLETTI. Op. cit., p.27.

<sup>202</sup> Pedro LESSA. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915, p.164-5.

de indenização.<sup>203</sup>

Rui Stoco defende que a “caracterização de procedimento doloso ou fraude, segundo a dicção do inc. I do art. 133, dependerá de expresse reconhecimento em ação rescisória”<sup>204</sup>. O autor acrescenta que:

[...] o reconhecimento dessas condições há de ser declarado em ação rescisória do julgado, sob pena de se negar o valor e alcance da coisa julgada estabelecido nas leis processuais, e se instalar a insegurança jurídica das decisões definitivas, posto, também, que a prevaricação, a corrupção, o impedimento, a incompetência ou erro do juiz se apresentam como causas rescindendas do julgado (CPC, art. 485, I, II e IX).<sup>205</sup>

A propósito da argumentação em torno da defesa da coisa julgada como obstáculo à responsabilização do Estado por dano decorrente da atividade jurisdicional, Mauro Cappelletti faz crítica que merece registro:

Não há dúvida que até hoje permanece um certo grau do que poderíamos chamar de absolutismo teórico no modo como o princípio da autoridade da coisa julgada é concebido em alguns países, especialmente na área do Civil Law. Depois de tudo, a ‘lógica’ que está à base do argumento, segundo o qual, por isso que a *res judicata* cria o direito, ela não pode ser contra *jus*, não é absolutamente mais rigorosa do que a lógica que estava à base do princípio, segundo o qual, uma vez que o rei – ou o Estado – é a exclusiva fonte do direito, o ato do soberano ou do Estado não pode ser contrário ao direito. [...]<sup>206</sup>

Sob essa ótica, outros doutrinadores combatem o argumento da coisa julgada, considerando inexistir incompatibilidade entre esta e a ação que objetive reparação de danos causados por sentença transitada em julgado. Necessário, sob esse prisma, conferir o raciocínio de Edmir Netto de Araújo:

Na revisão criminal, ocorrida uma das hipóteses de sua admissibilidade, a

<sup>203</sup> Wilson Alves de SOUZA. Op. cit., 2006, p.365. Acrescenta esse autor, relativamente ao tratamento diferenciado em termos de prazo para propositura da ação revisão criminal e da sentença cível, que: “Sem dúvida que assim deve ser porque se o ordenamento jurídico preferiu a solução política de permitir que a vítima de sentença condenatória criminal errada, nos casos previstos em lei, proponha ação de revisão criminal a qualquer tempo, mas exigiu observância de prazo decadencial para se propor ação rescisória, também nos casos previstos em lei, é porque, em princípio, teve em conta que o valor liberdade ou até o valor vida, em caso de pena de morte, são infinitamente superiores aos valores que se discutem no processo civil, de maneira que é por todos insuportável que erro grave envolvendo aqueles valores fique limitado pelo valor tempo, enquanto é tolerável uma injustiça envolvendo valores de natureza cível não mais possa ser objeto de discussão em outro processo a partir de determinado tempo, tempo esse que não é tão curto assim”. Cf. p. 365.

<sup>204</sup> Rui STOCO. Op. cit., p.1061.

<sup>205</sup> Id., Ibid., p.1061.

<sup>206</sup> CAPPELLETTI. Op. cit., p.29. Grifo do autor.

sentença transitada em julgado pode ser desfeita a qualquer tempo, deflagrando, se for o caso, o procedimento indenizatório. Na ação rescisória, antes de decorrido o prazo prescricional, também.

Mas, e após esse lapso? Mesmo descobrindo-se documento novo ou comprovado dolo (ou culpa) do magistrado, estaria o prejudicado condenado a amargar uma imerecida e ilegal derrota judiciária, sem ter a quem ou a que recorrer?

[...]

Na verdade 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.

O confronto é inevitável: um evento (acidente de veículo, por exemplo) passível de responsabilização estatal, causa prejuízo ao administrado. Esse prejuízo não pode ser evitado ou contornado diretamente, pois não é possível a volta ao passado.

Como resultado, provado o nexos causal idôneo, o Estado será responsabilizado patrimonialmente em uma ação de indenização, que se resolverá em perdas e danos.

Já no caso do ato jurisdicional, especialmente cível, o indivíduo que vai a juízo espera uma prestação jurisdicional perfeita e imparcial. Derrotado em sua pretensão, consegue todavia comprovar erro, dolo ou culpa do magistrado, a condicionar diretamente a sentença. Entretanto, na oportunidade, a decisão já está coberta pela coisa julgada e a ação rescisória já está prescrita: o dano, neste caso, também já se tornou irreversível, irremediável.

Como fazer prevalecer a idéia rígida, formal, da coisa julgada sobre a idéia de justiça, quando se comprova um julgamento errado ou ilegal?

[...]

Realmente, apurada a falha determinante do erro no edifício de um procedimento judicial, se este não mais puder desabar por estar prescrita a rescisória, não se compreende porque não possa ser o prejudicado indenizado por esse erro do Estado-juiz, mesmo mantendo-se o julgamento já transitado em julgado.

A indenização visa repor o patrimônio do prejudicado na situação em que se encontrava na ocasião do ato lesivo. Não sendo possível a reposição direta, idêntica, o assunto se resolverá em cálculo de perdas e danos.<sup>207</sup>

Essa é também a linha de pensamento adotada por Danielle Annoni, que, inclusive, destaca a existência de duas categorias de coisa julgada. A primeira categoria, doutrina a autora, seria aquela passível de rescisão pelo manejo de ação rescisória. A coisa soberanamente julgada, por sua vez, seria aquela que já não poderia mais ser rescindida ante o decurso do prazo da ação autônoma de impugnação. Apesar disso, prossegue, “o argumento da incontrastabilidade da coisa julgada falece diante do objetivo principal da responsabilização do Estado por atos

<sup>207</sup> Edmir Netto de ARAÚJO. **Responsabilidade civil por ato jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p.138-143.

jurisdicionais, qual seja – o dever de indenizar”<sup>208</sup>. Para a autora:

Constituído o direito e imutável a coisa julgada, ainda resta ao prejudicado ver-se indenizado pelos danos que a atividade jurisdicional tenha lhe causado. Na impossibilidade do restabelecimento da situação ao *status quo* por ofender a segurança jurídica, materializada em sede de coisa julgada, cabe ao Estado indenizar o lesado pelos prejuízos que teve de suportar, decorrentes do ato jurisdicional injusto.

[...]

A coisa julgada fará produzir seus efeitos no processo em que foi prolatada a sentença, agora imutável. Todavia, se danos advieram em decorrência do provimento jurisdicional imperfeito, nada mais justo que se promova a pertinente ação de responsabilização do Estado, sendo-lhe imposto o dever resarcitório como modo de restabelecer a harmonia rompida.<sup>209</sup>

Nessa esteira, a autora ora em foco faz duas ressalvas que merecem toda a atenção. Em primeiro lugar, destaca que esse entendimento não quer significar a defesa da “responsabilização do Estado a todo inconformismo gerado às partes, ou a uma delas, no decorrer ou ao término de uma demanda judicial”<sup>210</sup>, já que em uma disputa judicial será natural que uma das partes saia descontente com a solução judicial proferida. De fato, a defesa da responsabilização do Estado-juiz passa ao largo da intenção de indenizar a parte que sucumbiu, pois a sucumbência em si não parece ser um dano produzido em face da atividade jurisdicional do Estado-juiz, sendo, antes, um dos resultados possíveis para uma disputa. De outro lado, a referida autora questiona:

Mas será justo que quem injustamente tenha ganho a ação possa invocar a coisa julgada, guardando o benefício obtido da parte contrária e que agora seja o Estado chamado a reparar o prejuízo? Será justo que o prejuízo resultante de um benefício injusto a uma das partes processuais seja suportado pelo Estado, ou seja: por toda a coletividade?<sup>211</sup>

Entendendo ser essa a questão mais difícil em torno do argumento da coisa julgada como defesa da irresponsabilidade do Estado-juiz, pondera Danielle Annoni que muito mais injusto seria “admitir que um particular suporte sozinho todo o prejuízo decorrente da atividade jurisdicional defeituosa”<sup>212</sup>.

Zulmar Fachin igualmente defende a desnecessidade de prévia rescisão da sentença transitada em julgado para fins de responsabilidade civil do Estado, lançando mão do seguinte exemplo:

<sup>208</sup> Danielle ANNONI. Op. cit., p.110.

<sup>209</sup> Id., Ibid., p.111.

<sup>210</sup> Ibid., p.111.

<sup>211</sup> Ibid., p.112.

<sup>212</sup> Ibid., p.112.

profere o juiz sentença de despejo em ação em que sua própria esposa figura como parte autora e em detrimento do direito de proprietária da parte ré; transcorrido o prazo para a propositura da ação rescisória, que poderia ser ajuizada com base no inciso II do art. 485 do CPC, à parte vencida não deve ser negado o ajuizamento de ação para reparação do prejuízo causado pelo ato ilícito do agente juiz, uma vez que o transcurso do prazo da rescisória não pode significar fato impeditivo do direito à reparação<sup>213</sup>.

Giovanni Ettore Nanni, por sua vez, destaca situações em que não é cabível o manejo da ação rescisória, mostrando-se, portanto, contrário ao seu prévio manejo para buscar o ressarcimento do dano em face do Estado. Conforme o autor:

É interessante advertir ainda que o erro judiciário, inserido em uma sentença de mérito transitada em julgado, possa não ser enquadrado em nenhuma das hipóteses legais previstas no art. 485 do Código de Processo Civil, ou seja, o erro judiciário existe, mas não é possível a interposição da ação rescisória por ausência de previsão legal. O exemplo estratifica uma situação em que é notória a incongruência da exigência, pois o lesado pelo erro judiciário ficaria impedido de pleitear a indenização. Deve-ser apenas exigir do interessado a interposição de uma única ação, em que deverá demonstrar e provar a existência do erro judiciário, obtendo assim a devida indenização do Estado.<sup>214</sup>

Importa lembrar, ainda, que determinados atos jurisdicionais são inalcançados pela coisa julgada, ficando, assim, a salvo do argumento ora em foco. Decisões interlocutórias, por exemplo, são passíveis de causar dano injusto às partes ou a terceiros e não seriam alcançadas pela teoria, fazendo prevalecer, a princípio, a regra geral da responsabilidade civil do Estado por dano decorrente de ato estatal. Wilson Alves de Souza acrescenta que “do mesmo modo, os atos jurisdicionais executivos não ensejam coisa julgada, de modo que o Estado responde pelos danos causados às partes pela prática de tais atos, a exemplo de penhora ilegal de bens”<sup>215</sup>. Ou seja, o argumento da coisa julgada mostra-se, portanto, imprestável para uma parcela considerável de atos jurisdicionais potencialmente lesivos a direitos das partes e de terceiros.

<sup>213</sup> Zulmar FACHIN. Op. cit., p.200.

<sup>214</sup> Giovanni Ettore NANNI. Op. cit., p.131.

<sup>215</sup> Wilson Alves de SOUZA. Op. cit., 2006, p.331. No particular, esse autor chama atenção para argumento de Mário Guimarães contrário à tese da responsabilização em face de atos que não passam em julgado ante a idéia de que “a sentença envolve a idéia de totalidade sem possibilidade de cisão”. Para Souza, no entanto, “os atos processuais podem e devem ser considerados de maneira isolada. Assim, por exemplo, o ato do juiz de agredir moralmente uma das partes numa audiência ao tomar seu depoimento pessoal (ato anterior à sentença) acarreta a responsabilidade do Estado independentemente da sentença, como uma penhora manifestamente ilegal (ato de execução, posterior à sentença) acarreta a responsabilidade do Estado independentemente da sentença. Não se perca de vista, ademais, que existem processos executivos que não se fundam em sentença (execução fundada em título executivo extrajudicial)”. Cf. p.332.

Por fim, necessário aderir à conclusão de Mauro Cappelletti, no sentido de que, se é certo que importam os valores da certeza e da segurança jurídica, devem importar também outros valores, “que, por vezes, são chamados de ‘justiça’”. Para o autor, mostra-se imperioso encontrar um equilíbrio entre os valores e os princípios envolvidos. “Tal equilíbrio pode ser encontrado não com o rigor de uma lógica artificial, mas com o pragmático e flexível reconhecimento de que ambos os valores têm a sua validade, e que por vezes uma solução de compromisso deve ser adotada”, pois mais importante que o princípio da coisa julgada seriam os “valores compreendidos em tal princípio – paz social e certeza – como igualmente no ulterior valor da independência dos juízes, que está justamente à raiz dos limites da responsabilidade (*accountability*) judicial”<sup>216</sup>.

Assim, em que pese ser o de maior robustez na defesa da irresponsabilidade do Estado-juiz em razão de danos decorrentes da atividade jurisdicional, pensamos que o argumento da coisa julgada não tem força suficiente para afastar a regra geral da responsabilidade civil do Estado.

#### 4.3.1.4 O argumento da independência do juiz

Ao lado das escusas alicerçadas nos argumentos da soberania, da falibilidade humana e da coisa julgada, invoca-se também a tese da independência do juiz para justificar a irresponsabilidade do Estado cujos atos causem danos.

Segundo Oreste Nestor de Souza Laspro, a teoria defende que “o juiz julga com absoluta independência do Chefe de Estado, que é o representante deste”, sendo que se inexistente “direta ou indiretamente uma ordem por parte do mandante, diante da independência não há que se falar na possibilidade de Estado vir a ser responsabilizado”<sup>217</sup>. Para tal corrente doutrinária, “o Estado e o juiz não poderiam responder nessas situações pelo simples fato de que isto levaria o Judiciário e o julgador a um comprometimento com o resultado da demanda, o que viola a sua independência”<sup>218</sup>.

<sup>216</sup> CAPPELLETTI. Op. cit., p.29-30. Grifo do autor.

<sup>217</sup> LASPRO. Op. cit., p.119.

<sup>218</sup> Id., Ibid., p.118.

Para Hélio Tornaghi, “a independência de que devem gozar os juízes e as garantias que precisam ter, para julgar sem receio, restariam irremediavelmente postas em xeque se eles houvessem de ressarcir os danos provenientes de seus erros”. Tornaghi acrescenta: “ficariam os juízes permanentemente expostos ao descontentamento da parte vencida e o foro se transformaria em repositório de ações civis contra eles”<sup>219</sup>.

O argumento da independência como obstáculo à responsabilização merece igual crítica.

Um aspecto é o da independência do magistrado, qualidade e condição para o exercício mesmo do mister constitucional de dizer o direito em situações de conflito. Outro aspecto é a possibilidade de o juiz – a despeito de sua independência – causar dano quando do exercício da função jurisdicional. Significa dizer que as garantias constitucionalmente conferidas ao Poder Judiciário não podem servir de obstáculo à responsabilização do Estado ou do magistrado. Nessa linha de pensamento, Wilson Alves de Souza considera que:

A independência dos juízes não significa, em absoluto, que se está a conferir ao juiz uma carta em branco para agir abertamente contra a ordem jurídica de boa ou, o que é mais evidente, de má fé. Por outras palavras, independência não autoriza necessariamente atuação com total e absoluta irresponsabilidade.<sup>220</sup>

Em verdade, o princípio da independência do juiz vincula-se à independência para julgar, significando dizer “que não pode o juiz ser responsabilizado pelas decisões em si mesmas, ou seja, pela análise dos fatos e das provas e pela interpretação do direito”<sup>221</sup>. Para Wilson Alves de Souza, “percebe-se que a independência nada tem que ver com os atos processuais materiais praticados pelos juízes e os atos processuais praticados pelos serventuários da justiça”<sup>222</sup>.

Sobre o tema da independência dos juízes, entende J. J. Calmon de Passos que:

[...] Daí sempre haver sustentado revelarem-se exigências correlatas e indissociáveis a de prestigiar-se a independência dos magistrados em sua interação com os demais agentes estatais, a par da que se mostra imprescindível à saúde democrática de um povo – institucionalizar-se um sistema de responsabilização dos magistrados e de controle social sobre eles, para inviabilizar-se a possibilidade de virem a reproduzir o déspota que se buscou eliminar. A independência de que precisam desfrutar os juízes em face dos agentes das demais funções do Estado é diretamente proporcional a sua responsabilidade sócio-política, vale dizer, a sua submissão a controles sociais institucionali-

<sup>219</sup> TORNAGHI. Op. cit., p.409-10.

<sup>220</sup> Wilson Alves de SOUZA. Op. cit., 2006, p.324.

<sup>221</sup> Id., Ibid., p.326.

<sup>222</sup> Ibid., p.326.

zados, capazes de coibir-lhes os abusos e os desvios deslegitimadores.

Conseqüentemente, somar poderes ao magistrado sem lhes acrescer, também, a responsabilidade é deslegitimá-lo democraticamente [...].<sup>223</sup>

A independência da magistratura serve à sociedade como mecanismo para assegurar adequado e imparcial exercício da função jurisdicional, que, por sua vez, é dever do Estado. No entanto, esse dever e essa função não podem significar total irresponsabilidade dos agentes encarregados de exercê-la. Não há, em verdade, relação entre a independência constitucionalmente assegurada e ao mesmo tempo exigida dos magistrados com uma suposta irresponsabilidade destes.

#### 4.3.1.5 O argumento do juiz como agente político do Estado

Há, ainda, a escusa da irresponsabilidade lastreada no argumento da inaplicabilidade da regra do § 6º do art. 37 da CF/88 para os atos jurisdicionais, porquanto seriam os juízes agentes políticos, não alcançados, portanto, por aquela regra constitucional. A esse respeito, vale conferir entendimento de Silvio Rodrigues:

Finalmente uma outra questão de elevado interesse é a referente à eventual responsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário. Estariam os magistrados incluídos na expressão agentes, inserta no art. 37, § 6º, da Constituição de 1988? Se a resposta for afirmativa pode-se sustentar que todos os prejuízos experimentados por particulares oriundos de sentenças injustas ou mesmo de decisões que viessem a ser reformadas por pronunciamentos irreversíveis, ensejariam a ação de ressarcimento de dano, promovida contra o Estado.

A opinião prevalente entre os escritores brasileiros é no sentido contrário, ou seja, no sentido de não ser o Estado responsável pelos danos derivados da atividade jurisdicional. Tal ponto de vista é o certo e decorre da idéia de independência dos poderes que inspira o nosso sistema constitucional. Se o executivo não pode interferir na órbita do Judiciário, é óbvio que não pode responder pelos atos por este praticados.<sup>224</sup>

Em julgamento a respeito do tema da responsabilidade civil do juiz, o Supremo Tribunal Federal manifestou entendimento no sentido de que “a autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados” exatamente por ser considerado agente político;

<sup>223</sup> José Joaquim Calmon de PASSOS. Op. Cit., p.106.

<sup>224</sup> Silvio RODRIGUES. **Direito Civil**. v. 4. Responsabilidade civil. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003, p.87-8.

contudo, afirmou, logo em seguida, de forma contraditória conforme nossa interpretação, que ao Estado é assegurado o direito de regresso nas hipóteses de dolo ou culpa do magistrado:

A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual — responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições —, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. (RE 228.977, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 12/04/02).<sup>225</sup>

No que toca à qualificação dos juízes como agentes políticos, tem-se que, por agirem em nome da soberania estatal para dizer o direito em última instância, os juízes o fazem na qualidade de agentes dos órgãos de um dos Poderes do Estado e com subordinação apenas à Constituição, e devem, sim, ser considerados agentes políticos. Ocorre, todavia, que o fato de o juiz efetivamente ser considerado agente político, tal como visto acima, não pode conduzir à irresponsabilidade dos prejuízos que decorram dos seus atos.

Aliás, sempre que a escusa da irresponsabilidade concentra-se no argumento de ser o juiz agente político do Estado e, portanto, supostamente inalcançado pela regra do § 6º do art. 37 da CF/88, verifica-se contradição na linha de argumentação, posto também sempre se afirmar, na seqüência, que o Estado tem o direito de regresso em face do juiz, o que não ocorreria se o juiz fosse, efetivamente, insuscetível de responsabilização.

#### 4.3.1.6 O argumento da transposição do julgado à instância colegiada

A teoria da completa irresponsabilidade do juiz ainda invoca o argumento de que o fato de o ato jurisdicional ser confirmado pelo tribunal seria suficiente para elidir a responsabilidade civil do juiz, já que “contra atos colegiados não pode haver responsabilização, nem pessoal, de determinado julgador, nem solidária entre os componentes da turma, seção, câmara, grupo ou pleno, tampouco do Estado, devido à imprecisão do agente”<sup>226</sup>, conforme anota Saulo José

<sup>225</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 228.977, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 12/04/02. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2009.

<sup>226</sup> BAHIA. Op. cit., 1993, p. 316.

Casali Bahia.

Combate-se o argumento a partir da lembrança de que a responsabilidade civil do Estado por dano decorrente de sua atividade nem sempre necessita identificação do agente causador do dano, a qual seria necessária somente para fins do aforamento da competente ação de regresso. Logo, a tese da imprecisão do agente cai facilmente por terra. De outro lado, o membro de órgão colegiado pode facilmente ser identificado se julgou de modo que caracterize conduta prevista pelo art. 133, inciso I, do Código de Processo Civil<sup>227</sup>.

Pode ocorrer, ainda, de eventual decisão liminar cautelar ou antecipatória, ter natureza satisfativa sem exigência da respectiva contracautela, o que terminaria por esvaziar o conteúdo de eventual recurso, já que, na prática, este não surtiria qualquer efeito em termos de reversão do quadro danoso provocado pela referida decisão. Nessas hipóteses, em que os tribunais superiores chegam a reconhecer o fato danoso como consumado, ainda mais cabível é a ação de ressarcimento em face do Estado-juiz.

Destaque-se, outrossim, que o dano pode decorrer de ilícito praticado no âmbito do próprio órgão colegiado. De fato, se o relator de eventual recurso profere voto estando impedido de fazê-lo em razão de vínculo de parentesco com a parte (CPC, art. 134, V), e se dessa conduta dolosa do magistrado advém dano para a parte contrária, esta certamente poderá ajuizar ação de ressarcimento em face do próprio magistrado, com base no art. 133, inciso I, do Código de Processo Civil. Nessa linha, se os demais membros da turma julgadora não desconheciam o impedimento do relator e lhe acompanharam o voto, então será cabível ação de ressarcimento em face de todos que participaram do julgamento.

É certo que, se à parte vítima do ilícito doloso da turma julgadora acima cogitado por hipótese for dado reverter o quadro mediante interposição tempestiva do recurso cabível, evitando-se, assim, o dano, então não há que se falar em ação de ressarcimento porquanto ausente um dos elementos, no caso, o efetivo prejuízo. Nesse caso, a providência a ser adotada pela parte seria levar o fato ao conhecimento das instâncias administrativas competentes para fins de responsabilização disciplinar dos envolvidos.

Pode ocorrer, no entanto, de a vítima do ilícito somente vir a conhecer da situação de impedimen-

---

<sup>227</sup> Nesse sentido, ver: Pontes de MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo 2: arts. 46 a 153. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.416.

to dos julgadores após transcorrido prazo para qualquer recurso e mesmo para ação rescisória. Nessa situação, igualmente cabível a ação de ressarcimento em face dos membros do órgão colegiado, sem prejuízo do requerimento de aplicação das medidas de ordem disciplinar cabíveis.

Nesse mesmo exemplo de julgamento proferido em situação de impedimento objetivo de um dos julgadores do tribunal, é possível vislumbrar hipótese em que o acórdão respectivo venha a ser confirmado em sede de recurso pelos tribunais superiores. Nessa hipótese, salvo melhor juízo, dois caminhos se apresentam: ou se entende que, tendo sido confirmada a decisão colegiada, dirimindo-se definitivamente a lide em desfavor da parte recorrente, inexistente dano decorrente direta e efetivamente daquela decisão, porquanto direito material algum assistiria à parte recorrente sucumbente; ou se entende que será plenamente cabível a ação de ressarcimento em face dos desembargadores do tribunal original, já que, a despeito da confirmação do acórdão viciado, presentes os elementos ensejadores da responsabilidade civil, quais sejam, a conduta dolosa ilícita, o dano e o nexo causal entre ambos.

O mesmo raciocínio vale para a hipótese de a parte não interpor o recurso cabível, embora tivesse conhecimento do vício que maculou o julgamento. Sem recurso e transitada em julgado a decisão viciada, é possível vislumbrar entendimentos em ambos os sentidos acima expostos, uma vez que presente os elementos configuradores da responsabilidade civil.

#### 4.3.1.7 Da exceção para admitir a responsabilidade por atos do juiz apenas nos casos expressamente previstos em lei

Os teóricos que defendem a total irresponsabilidade do Estado e do juiz em face de atos danosos destes abrem exceção à responsabilização quando existir expressa previsão legal para tanto, a exemplo do art. 1.744 do Código Civil de 2002<sup>228</sup>, ou mesmo dos artigos 29 e 133 do Código de Processo Civil. No âmbito do Supremo Tribunal Federal há entendimento expresso nesse sentido:

O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei. Orienta-

<sup>228</sup> Código Civil de 2002, art. 1.744. A responsabilidade do juiz será: I – direta e pessoal, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o haver feito oportunamente; II – subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito.

ção assentada na jurisprudência do STF. (RE 219.117, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 3-8-99, *DJ* de 29-10-99).<sup>229</sup>

As considerações abaixo, feitas por Giovanni Ettore Nanni à luz do Código Civil de 1916, também merecem ser reproduzidas:

Enquanto os agentes públicos em geral são civilmente responsáveis em caso de dolo ou culpa, a responsabilidade civil do juiz decorre daquelas hipóteses previstas em lei. [...]

Portanto, deve necessariamente decorrer *ex vi legis* essa responsabilidade, que por sua vez compreende o ressarcimento de danos materiais e morais ocasionados. Não seria possível pleitear-se a responsabilidade do juiz, por exemplo, com enquadramento no genérico art. 159 do Código Civil, mas somente nas previsões legais atinentes ao juiz. [...]

Portanto, no âmbito ora analisado, entendemos perfeitamente cabível o limite material, reafirmando só ser possível responsabilizar o juiz nas hipóteses previstas em lei, sem prejuízo da responsabilidade estatal, que é mais ampla.<sup>230</sup>

No entanto, segundo João Nunes Sento Sé, as razões invocadas para justificar o ponto de vista que admite a responsabilidade civil do Estado-juiz apenas nas hipóteses legais não convencem. Para ele, “não procede, data vênia, a exigência de uma lei que estabeleça expressamente a responsabilidade do Poder Público por atos dos magistrados”<sup>231</sup>.

O argumento também é objeto da crítica de Wilson Alves de Souza:

Deste modo, não faz sentido exigir lei específica para que se possa responsabilizar o Estado por ato jurisdicional. Como salientado acima, outro dispositivo para regulamentar o que está regulamentado não passa de redundância a gerar confusões criadas por doutrinas equivocadas. Aliás, a responsabilidade civil objetiva do Estado, mesmo a nível geral, pelo menos num Estado democrático de direito e social, dispensa qualquer texto expreso, seja na constituição, seja em lei, na medida em que ela decorre dos elementares princípios de justiça próprios desse tipo de atuação estatal (fundado no direito, na democracia e na socialidade), até porque o ordenamento jurídico não está contido apenas nos textos legais.

Não sendo o caso, como não é, de conduta que envolva situações como imposição tributária ou tipificação criminal, exigir texto legal específico para solucionar um problema jurídico tão gritante e tão evidente como o da responsabilidade objetiva do Estado por ato jurisdicional, quando existe norma geral so-

<sup>229</sup> “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”. (RE 219.117, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 3-8-99, *DJ* de 29-10-99) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 219.117, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 3-8-99, *DJ* de 29-10-99. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1º set. 2009.

<sup>230</sup> Giovanni Ettore NANNI. Op. cit., p.210, 212 e 214. Grifo do autor. O art. 159 do Código Civil de 1916 referido pelo autor corresponde ao art. 186 do Código Civil atualmente em vigor.

<sup>231</sup> João Nunes SENTO SÉ. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. Tese (Livre Docência). Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 1974, p.77-78. 110 f.

bre o assunto, é algo que soa como absolutamente ultrapassado. No caso do direito brasileiro, na medida em que existe uma norma a nível geral prevendo a responsabilidade objetiva do Estado, não há nada, absolutamente nada que justifique a exclusão de tal responsabilidade pelos atos jurisdicionais ou que condicione tal responsabilidade à previsão legal específica. [...].<sup>232</sup>

Com efeito, se existe norma constitucional a disciplinar a matéria de forma ampla, sem ressalva de qualquer espécie, não há que se falar em exigência de lei infraconstitucional para sujeitar qualquer magistrado ao dever de indenizar, desde que, por óbvio, estejam presentes os elementos ensejadores da responsabilidade civil.

#### 4.3.2 Teoria da responsabilidade exclusiva do juiz

Essa segunda teoria a respeito do tema da responsabilidade civil por atos jurisdicionais defende que apenas o juiz poderia ser responsabilizado por seus atos, nunca o Estado<sup>233</sup>.

Os teóricos dessa tese se apegam à redação dos artigos 133 do Código de Processo Civil e 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que prevêm a responsabilidade pessoal do juiz, bem como ao entendimento de que a regra do § 6º do art. 37 da CF/88 não se aplicaria aos juízes, por serem estes agentes políticos.

Há, ainda, quem defenda a irresponsabilidade civil do Estado em detrimento da do juiz, com base no argumento da independência da magistratura<sup>234</sup>.

Saulo Casali explica a origem histórica da teoria agora em foco:

Em resumo, a existência da teoria que atribui responsabilidade civil exclusivamente ao magistrado, deve-se, ao menos em parte, como acreditamos, à existência histórica, como direito positivado, da regra da responsabilidade

<sup>232</sup> Wilson Alves de SOUZA. Op. cit., 2006, p.361.

<sup>233</sup> Escrevendo na década de 1970, João Nunes Sento Sé menciona, ainda que de modo indireto, a força dessa teoria à época: “Não se trata de responsabilizar o Estado de modo absoluto, no que toca aos atos judiciais. Nem se deseja examinar a independência funcional dos magistrados. Evidentemente, a responsabilidade por atos dos juízes somente é cabível quando verificados certos pressupostos, como acontece com a responsabilidade do Poder Público em geral. No momento, atual, já seriam grandes conquistas: a) a comunicação, ao Estado, da responsabilidade do juiz, prevista no art. 133 do Código de Processo Civil; b) a aceitação da culpa anônima do serviço judiciário”. Cf. SENTO SÉ. Op. Cit., p.79.

<sup>234</sup> Wilson Alves de SOUZA. Op. cit., 2006, p.321. O autor refere-se ao entendimento de Carlos Maximiliano, no sentido de que a teoria da independência da magistratura sirva também para exclusão da responsabilidade do Estado, de modo a servir de lastro à responsabilização pessoal do juiz.

exclusiva do agente público. É a chamada teoria regaliana, até bem pouco tempo amplamente aplicada nos países saxônicos, onde o funcionário responde, pessoalmente, e exclusivamente, pelos prejuízos que advierem dos seus atos. Esta teoria fez-se presente em nossa Constituição Imperial, em seu art. 179, 29.

Diz o citado artigo: ‘Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...]

29. Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados nos exercícios das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos’.

Na Constituição de 1891, manteve-se o mesmo princípio. Apenas em 1934 (Constituição Federal, art. 171), implantou-se a regra da solidariedade.<sup>235</sup>

A propósito do referido fundamento de ordem histórica, anota Zulmar Fachin:

A Constituição de 1891 consagrou a República, proclamada em 1889, a Federação, o Bicameralismo, a Justiça Federal e outras inovações que ainda hoje estão presentes no regime jurídico-constitucional brasileiro. No que tange à responsabilidade patrimonial do Estado, voltou a estabelecer que somente os funcionários é que deveriam responder pelos danos.

Segundo o art. 82, os funcionários públicos eram estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorressem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em responsabilizar efetivamente seus subalternos.

Note-se que, também na Constituição de 1891, previa-se a responsabilidade pessoal do funcionário e exigia-se a incidência de culpa. [...].

Em relação à responsabilidade pessoal e à culpa do funcionário, a Constituição do Império e a primeira Constituição da República deram à matéria idêntico tratamento. O Estado não respondia pelos danos causados por seus funcionários. Estes é que respondiam, pessoalmente, quando, embora exercendo uma função pública, lesassem direito de particular.<sup>236</sup>

No que diz respeito ao argumento de que a regra § 6º do art. 37 da CF/88 não se aplicaria aos juízes, por serem estes agentes políticos, já salientamos que ela não prevalece, já que a Constituição refere-se aos agentes estatais sem qualquer ressalva, e o juiz efetivamente é um agente estatal, em que pese ser agente qualificado por sua atuação enquanto membro de um dos Poderes do Estado.

Quanto à defesa da responsabilidade exclusiva do juiz por seus atos em razão da independência funcional a eles assegurada, Wilson Alves de Souza considera que, além de o juiz não ser o único agente estatal que age com independência, “não há como imaginar que um agente

<sup>235</sup> BAHIA. Op. cit., 1993, p.322. Grifo do autor.

<sup>236</sup> FACHIN. Op. cit., p.100-1.

estatal seja considerado responsabilizado por determinada conduta sem que se possa falar também em responsabilidade do próprio Estado<sup>237</sup>.

De fato, a norma inserida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, expressamente dispõe a respeito da responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público, não se podendo mesmo cogitar sobre responsabilidade exclusiva de um seu agente.

#### 4.3.3 Teoria da responsabilidade exclusiva do Estado

Segundo Saulo Casali, os defensores da teoria agora em foco reputam inconstitucional o art. 133 do Código de Processo Civil, de modo que apenas o Estado seria responsabilizado em razão de atos jurisdicionais danosos. A inconstitucionalidade do referido artigo adviria da incompatibilidade deste com a regra do § 6º do art. 37 da CF/88, que afirma ser responsável o Estado e não o agente, tal como disposto no dispositivo do Código de Processo. Nesse sentido, Edmir Araújo Netto expressamente afirma a inconstitucionalidade do art. 133 do Código de Processo Civil, de modo a inadmitir a responsabilidade pessoal do magistrado frente à vítima, embora a admita frente ao Estado em sede de ação regressiva<sup>238</sup>.

O argumento é contraditório e falho, já que tais teóricos “não aceitam a validade do art. 133 do CPC, mas aceitam a regressividade, via do art. 37 da Constituição Federal, nos casos de dolo ou culpa, contra o magistrado”<sup>239</sup>. De fato, a regra constitucional da responsabilidade do Estado assegura o direito de regresso deste em face do agente causador do dano em caso de dolo ou culpa, o que significa reconhecer que o agente, nessas hipóteses, será igualmente responsabilizado, ainda que apenas em sede de ação de regresso.

Não se pode negar a responsabilidade do agente juiz à luz da regra geral da responsabilidade inserida na Constituição, já que responder em sede de ação regressiva é, afinal, ser responsabilizado. Nessa linha, Oreste Nestor de Souza Laspro:

Salvo melhor juízo, não se consegue vislumbrar a diferença entre se reembolsar o Estado e pagar diretamente à parte. Pelo contrário, se o Estado, en-

<sup>237</sup> Wilson Alves de SOUZA. Op. cit., 2006, p.326.

<sup>238</sup> ARAÚJO. Op. cit., p.61; 64.

<sup>239</sup> BAHIA. Op. cit., 1993, p.324.

tenda-se, a Administração, paga e lhe é assegurado o direito de regresso, o juiz passa a ser controlado por ela, vez que pode decidir entre propor ou não a ação regressiva.<sup>240</sup>

O entendimento do autor acima referido merece reparo, segundo entendemos, apenas quando diz que o Estado pode decidir entre propor ou não a ação regressiva em face do juiz; é que o Estado tem o dever de propor a ação regressiva em caso de dolo ou culpa do magistrado, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público.

#### **4.3.4 Teoria da solidariedade entre o Estado e o juiz**

A solidariedade entre o Estado e o juiz em razão de prejuízos causados por atos deste decorre, segundo essa teoria, dos exatos termos da regra constitucional da responsabilidade civil, uma vez que a previsão da ação regressiva ali inserida “nada mais é do que um aspecto da solidariedade existente entre eles”<sup>241</sup>.

Ou seja, não é porque o texto constitucional refere-se ao Estado como responsável direto pela reparação de danos causados por seus agentes a terceiros, que seria correto imaginar, segundo os adeptos da teoria, que o Estado é o responsável principal e o juiz o responsável apenas secundário ou subsidiário, para a hipótese de restar inviabilizado o ressarcimento do prejuízo pelo Estado<sup>242</sup>.

Assim, segundo a teoria, a regra constitucional inserida no art. 37, § 6º autoriza interpretação no sentido de que o Estado e o juiz são responsáveis solidários pelo ressarcimento dos danos decorrentes de ato atribuível ao juiz, conforme, inclusive, decorre da regra dos artigos 265 e 275 do Código Civil em vigor<sup>243</sup>. À vítima do dano, em princípio, seria dado propor a ação de ressarcimento, quer em face do Estado, quer em face do juiz, quer, ainda, em face de ambos, em litisconsórcio passivo.

<sup>240</sup> LASPRO. Op. cit., p.121.

<sup>241</sup> BAHIA. Op. cit., 1993, p.330.

<sup>242</sup> Id., Ibid., p.329.

<sup>243</sup> Código Civil de 2002, Art. 265. A solidariedade não se presume; decorre da lei ou da vontade das partes. [...] Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

Nessa linha, a teoria não seria aplicável à hipótese em que o dano não pudesse ser atribuível ao juiz. Por exemplo, se o dano resulta de falha da máquina judiciária do Estado, não há que se falar em solidariedade entre Estado e juiz, uma vez que o Estado seria o responsável exclusivo pelo ressarcimento do prejuízo causado à parte<sup>244</sup>.

#### **4.3.5 Teoria da responsabilidade subsidiária do juiz**

Para essa linha de pensamento, não haveria solidariedade entre o Estado e o juiz em termos de responsabilidade, mas apenas subsidiariedade, respondendo o juiz diretamente ao prejudicado na hipótese de restar inviabilizada a cobrança da reparação do prejuízo em face do Estado<sup>245</sup>.

Como se vê, a teoria agora em foco é o oposto da teoria imediatamente antecedente, apegando-se à circunstância de que a previsão da ação de regresso do Estado em face do agente, referida pelo texto constitucional no art. 37, § 6º, autoriza defender a responsabilidade secundária deste.

---

<sup>244</sup> STOCO. Op. cit., p.1061.

<sup>245</sup> BAHIA. Op. cit., 1993, p.329-331.

## 5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO JUIZ À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

### 5.1 AS HIPÓTESES DO ART. 133 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil dispõe em seu art. 133 que o juiz responderá pessoalmente por perdas e danos em duas situações distintas: a primeira, quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; a segunda, quando “recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte”, sendo que a recusa, omissão ou retardamento somente se verificará “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”<sup>246</sup>. Rui Stoco entende que “essa previsão é feita em *numerus clausus*. É taxativa e não exemplificativa”<sup>247</sup>.

A propósito, cumpre registrar que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Lei n.35, de 14 de março de 1979, regula a matéria pertinente à responsabilidade civil do juiz de forma idêntica ao Código de Processo Civil, praticamente repetindo em seu artigo 49 (Capítulo III – Da Responsabilidade Civil do Juiz) a redação do artigo 133 do CPC<sup>248</sup>.

#### 5.1.1 Responsabilização por dolo – o inciso I do art. 133 do Código de Processo Civil

De acordo com o inciso I do art. 133 do Código de Processo, o magistrado de qualquer instância ou tribunal responde por perdas e danos quanto proceder com dolo ou fraude no exercício de suas funções. Pontes de Miranda assim explica o dispositivo, fornecendo exemplo de

<sup>246</sup> CPC 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 n. II, 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).

<sup>247</sup> STOCO. Op. cit., p.1060.

<sup>248</sup> O art. 49 da Lei n. 35, de 14 de março de 1979, utiliza a expressão *magistrado* em vez de *juiz* em seu *caput*, sendo que no inciso II refere-se a requerimento das *partes*, e não da *parte*, como consta do inciso II do art. 133 do CPC.

situação em que o juiz age dolosamente:

Sempre que o juiz pratica atos lesivos com *dolosidade*, responde pelos danos causados, seja ele de primeira ou de qualquer instância. Não importa se, em tribunal, outros acompanharam o seu voto, ou se a decisão foi confirmada, ou se não foi o relator, posto que, em tais circunstâncias, seja mais difícil alegar-se e provar-se o dolo, ou a lesão. Exemplos de responsabilidade: o juiz fundou o julgamento na afirmação de que uma das escrituras públicas continha a cláusula de retrovenda, mas ele *sabia* que a escritura pública era falsa; a deliberação, em resumo, mesmo unânime, pode ter sido por juízes que ignoravam a falsidade. Aí, caberia a *ação rescisória*, e a ação de indenização somente seria proponível contra os juízes que tivessem votado dolosamente.<sup>249</sup>

Embora do texto do dispositivo em foco resulte inequívoca intenção do legislador processual civil de responsabilizar o juiz que tenha praticado ilícito mediante ação voluntária, a doutrina critica a presença da expressão fraude no dispositivo legal ora em foco, entendendo-a desnecessária.

Hélio Tornaghi, escrevendo à luz do Código Civil de 1916, assim comenta o uso das expressões “dolo” e “fraude” pelo legislador processual civil de 1973:

Dolo ou fraude. Ou a palavra dolo foi empregada em sentido genérico, e nesse caso ela compreende a fraude, ou foi usada na acepção específica em que parece no CC, arts. 92 a 97 e, então, haveria a necessidade de menção de todos os vícios que configuram a malícia do julgador; como, v.g. a simulação.<sup>250</sup>

Celso Agrícola Barbi entende que o dolo a que se refere o dispositivo legal é o comum, considerando supérfluo o uso da expressão fraude, “porque é suficiente o dolo na conduta do juiz para criar a responsabilidade civil, não importando se ao ato se acrescentou, ou não, a fraude. Esta não agrava a situação do juiz, não a modifica”<sup>251</sup>.

Pontes de Miranda igualmente critica o uso da expressão fraude:

[...] Alude-se também à *fraude*. A expressão não é feliz, pois fraude já supõe dolo. O que se teve por fito foi mencionar-se qualquer ato ilícito que possa ser estelionato, defraudação de texto ou de objeto (*e.g.*, o juiz substitui o objeto que foi apreendido como roubado ou furtado), destruição de documento

<sup>249</sup> Pontes de MIRANDA. Op. cit., p.416. Grifos do autor.

<sup>250</sup> TORNAGHI. Op. cit., p.413. Grifo do autor. Os artigos 92 a 97 do Código Civil de 1916 correspondem aos artigos 145 a 150 do Código Civil de 2002 atualmente em vigor.

<sup>251</sup> Celso Agrícola BARBI. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 1: arts.1º a 153. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.406.

ou prova, receptação prevista em lei penal como crime.<sup>252</sup>

Oreste Nestor de Souza Laspro, por sua vez, vai além e distingue situações em que a conduta dolosa ora veicula fraude, ora simulação, entendendo que “simulação é a conduta dolosa que pode causar dano a terceiro ou a outra parte, enquanto a fraude é aquela que causa dano”<sup>253</sup>. O autor exemplifica:

Assim, se o juiz, em conjunto com as partes da demanda, pratica ato manifestamente ilegal que, a princípio, não causa prejuízo a terceiros, o mesmo seria enquadrado na simulação. Imagine-se, por exemplo, que o juiz decreta uma separação consensual antes do interregno de dois anos do casamento. Mesmo que o casal não tenha filhos ou não existam bens a partilhar e, portanto, não esteja ocorrendo uma fraude contra credores ou à execução, ou seja, não foi violado direito alheio, temos uma conduta dolosa que irá gerar efeitos jurídicos, no mínimo, na esfera disciplinar e penal contra o juiz, excluída, em princípio, a responsabilidade civil.<sup>254</sup>

A fraude, por sua vez, ainda segundo Laspro, gera o dano e, portanto, a responsabilidade civil do magistrado, sem prejuízo da responsabilização penal e disciplinar:

[...] Imagine-se, por exemplo, que o juiz, intencionalmente, decreta uma separação consensual com menos de dois anos do casamento em que todo o patrimônio é atribuído à mulher, buscando preservá-lo da penhora em execuções que estão para ser propostas em face do marido, ou que, para beneficiar o autor da demanda, o juiz viola o sistema jurídico, causando prejuízos ao réu. São situações de fraude em que o juiz será responsabilizado não somente no âmbito penal e disciplinar, mas também responderá pelos prejuízos causados à vítima.<sup>255</sup>

Giovanni Ettore Nanni, por seu turno, não vê problema no uso da expressão “fraude” pelo legislador processual, entendendo que “a inserção dessa figura no artigo legal não merece críticas, pois assumem designações diferentes e também porque a intenção do legislador foi, dentro de um rol fechado, ser o mais abrangente possível”<sup>256</sup>.

O inciso I do art. 133 do CPC ainda suscita outras questões.

Celso Agrícola Barbi registra entendimento no sentido de que a conduta dolosa do juiz deve conter o desejo de prejudicar uma das partes do processo, conforme se vê do trecho abaixo

<sup>252</sup> MIRANDA. Op. cit., p.416.

<sup>253</sup> LASPRO. Op. cit., p.237.

<sup>254</sup> Id., Ibid., p.237. Embora a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, estabeleça prazo de dois anos para a separação judicial por mútuo consentimento, o art. 1.574 do Código Civil de 2002 reduziu o prazo para um ano.

<sup>255</sup> Ibid., p.237.

<sup>256</sup> NANNI. Op. cit., p.230.

reproduzido:

O dolo a que a se refere a lei é o comum, isto é, a intenção de prejudicar a parte, não sendo necessário que o seja para beneficiar o adversário, ou em proveito próprio ou de terceiro, ou mesmo se apenas pelo simples desejo de causar o mal. Esta última hipótese pode ocorrer, para satisfazer o intuito de vingança ou de mero capricho, decorrente de antipatia.<sup>257</sup>

Giovanni Ettore Nanni advoga entendimento contrário, pontuando “que não se pode requerer o requisito de que o dolo esteja no bojo de um desejo intencional de fazer mal a alguém, pois o dolo é o agir contra o dever legal [...]”<sup>258</sup>. É esse também o entendimento de Oreste Nestor de Souza Laspro, para quem a obrigação de indenizar deve decorrer quando presente o “descumprimento proposital de uma obrigação”, de modo que a “doutrina tem caminhado no sentido de afastar a consciência de fazer o mal, como elemento essencial da conduta dolosa, restringindo-a à ciência inequívoca do resultado”<sup>259</sup>.

Sob outro prisma, Antonio Dall’Agnol assinala que o dispositivo aqui em tela permite a responsabilização do juiz tanto pelo dolo direto quanto pelo eventual, lembrando que “procede com dolo quem, conscientemente – isto é, sabedor da ilicitude e das conseqüências decorrentes do ato – quer o resultado, ou, mesmo não o querendo, assume o risco de que venha a ocorrer”<sup>260</sup>.

Com ou sem intenção de prejudicar uma das partes ou a terceiro, é válido afirmar que a conduta dolosa do juiz pode se fazer presente, tanto na sentença quanto em qualquer outro ato do processo, uma vez que o dispositivo legal dispõe a respeito do exercício da função, que envolve não só o ato de julgar, mas também os demais atos necessários à condução do processo civil.

Pouco importa também a natureza da conduta dolosa, uma vez que esta pode decorrer tanto de conduta comissiva quanto omissiva. Confira-se, nesse sentido, exemplo apresentado por Giovanni Ettore Nanni.

[...] Exemplificando, pode-se afirmar o juiz que tem o dever legal de declarar-se impedido de exercer suas funções em determinado processo, conforme o art. 134 do Código de Processo Civil, decorrente da presunção absoluta de parcialidade, no qual omite-se, prosseguindo no julgamento da causa; ou a-

<sup>257</sup> BARBI. Op. cit., p.406.

<sup>258</sup> NANNI. Op. cit., p.226.

<sup>259</sup> LASPRO. Op. cit., p.234.

<sup>260</sup> Antônio DALL’AGNOL. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 2: do processo de conhecimento, arts. 102 a 242. Coord.: Ovídio A Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.151.

inda, nas hipóteses de suspeição do art. 135 do código processual, em que, ocasionando dano a qualquer das partes, surge a responsabilidade civil do juiz, pois incontestavelmente procedeu com dolo, omitindo sua posição de impedido ou suspeito.<sup>261</sup>

Do quanto exposto, resulta claro que, agindo dolosamente, vale dizer, com o propósito de violar direito quando do exercício de suas funções jurisdicionais, comete o juiz ato ilícito e deve responder civilmente se esse seu agir causar dano, tal como decorre de forma expressa do inciso I do art. 133 do Código de Processo Civil<sup>262</sup>.

### **5.1.2 Responsabilização em razão de recusa, omissão ou retardamento – o inciso II do art. 133 do Código de Processo Civil**

Enquanto o inciso I do art. 133 do CPC prevê a responsabilização do juiz em razão da prática de ilícito doloso, o inciso II do referido artigo contempla hipótese de responsabilização do juiz por ilícito decorrente especificamente de omissão, recusa ou retardamento de ato que deve praticar de ofício ou em razão de requerimento da parte.

A propósito das referidas hipóteses processuais, Oreste Nestor de Souza Laspro afirma que “responderá o juiz por fraude e dolo no caso de conduta comissiva e, pela culpa, no caso de conduta omissiva”<sup>263</sup>.

Pensamos que não é bem assim. Primeiro, porque o dolo também pode decorrer de conduta omissiva do juiz, quando, por exemplo, de modo intencional ele deixa de declarar seu impedimento para julgar determinada causa. Segundo, porque o inciso II do art. 133 do Código de Processo Civil não se refere a qualquer conduta culposa, mas somente àquela caracterizada pela recusa, omissão ou retardamento, não sendo tecnicamente adequado, à luz do dispositivo em foco, falar-se genericamente em responsabilização do juiz por culpa.

<sup>261</sup> NANNI. Op. cit., p. 31.

<sup>262</sup> Giovanni Ettore Nanni apresenta os seguintes exemplos de conduta dolosa ou fraudulenta: “A conduta dolosa ou fraudulenta pode manifestar-se de vários aspectos, quando, por exemplo, por inimizade à parte autora, denega um pedido liminar, causando danos; ou julgando demanda de forma contrária ao que se extrai dos autos, em benefício de uma parte, viola o dever de imparcialidade; ou quando posterga o andamento do feito, propositadamente, em detrimento da parte inimiga; ou ainda quando, em conluio com uma das partes, aufere vantagem pecuniária em troca de uma decisão favorável, seja em uma sentença, liminar, pedido de antecipação de tutela, etc., ação essa passível inclusive de punição criminal por concussão ou corrupção passiva, conforme a tipificação”. Cf. NANNI. Op. cit., p.230.

<sup>263</sup> LASPRO. Op. cit., p.253.

Com efeito, Celso Agrícola Barbi enfatiza que “no conduzir um processo civil, o juiz pode causar prejuízos a qualquer dos litigantes, quer para beneficiar o outro ou terceiro, quer por simples capricho, quer por sua desídia no determinar medidas que lhe cumpre providenciar de ofício, ou se requeridas pelo interessado”<sup>264</sup>. Para o autor, “os casos do inciso II caracterizam culpa do magistrado, por falta do cumprimento do seu dever legal de determinar as providências nele referidas e de fazê-lo no prazo legal”<sup>265</sup>.

É certo que a omissão ou o retardamento em relação à prática de atos próprios do ofício jurisdicional caracterizam, em regra, conduta culposa, pela modalidade de negligência ou desídia<sup>266</sup>. Não é menos certo, porém, que a possibilidade conferida ao juiz de suprir a falha, conforme procedimento imposto pelo parágrafo único do art. 133 do CPC, apesar da conduta culposa omissiva original, termina por afastar a responsabilidade do juiz faltoso, desde que, por óbvio, este venha a praticar o ato esperado. Suprida a omissão, não haveria que se falar em responsabilização do juiz, mesmo que a demora inicial tenha causado dano à parte. Em reforço ao quanto afirmado, confira-se o entendimento de Giovanni Ettore Nanni:

Nesse inciso, o incumprimento do dever pode ser parcial, admitindo a sua remediação, ou seja, é possível adimpli-lo no prazo fixado pela lei, conforme infere-se do parágrafo único, do art. 133. Está-se, claramente, portanto, diante da figura da mora, típica do direito das obrigações.

[...]

Portanto, seguindo a regra específica, poderá o juiz sanar a obrigação, isto é, purgar a mora, segundo o art. 959 do Código Civil, realizando a providência que deveria tomar de ofício ou que foi requerida pela parte.<sup>267</sup>

Nessa linha, conforme destaca Oreste Nestor de Sousa Laspro, o requisito exigido pelo parágrafo único do art. 133 para fins de caracterizar a culpa do juiz termina por impedir a sua res-

---

<sup>264</sup> BARBI. Op. cit., p.405.

<sup>265</sup> Id., Ibid., p.407.

<sup>266</sup> De acordo com José de Aguiar Dias, “Negligência se relaciona, principalmente, com desídia; imprudência é conceito ligado, antes que a qualquer outro, ao de temeridade; imperícia é, originalmente, a falta de habilidade. Essa distinção não precisa ser feita, porque não é possível confusão a respeito por parte de quem conheça a língua pátria. E foi só no interesse do rigor terminológico que quisemos proporcioná-la. É preciso, entretanto, observar que essas espécies se entrelaçam, e daí verificar-se a negligência revestida de imprevisão, a imprudência forrada do desprezo pela diligência e pelas regras da habilidade, a imperícia traçada de negligência”. Cf. DIAS. **Da responsabilidade civil**. vol. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p.152-3.

<sup>267</sup> NANNI. Op. cit., p.235-6. Esse autor, no entanto, ressalva que, na hipótese de revelar-se inútil a medida judicial adotada após a providência do parágrafo único do art. 133, poderia o prejudicado pleitear a reparação do dano causado pela omissão do juiz: “Transportadas essas noções para o caso específico, entendemos que, realmente a princípio, o juiz não seria responsável quando cumprisse o ato no prazo assinalado pelo código processual, mas excepcionalmente, dada a peculiaridade do fato, plenamente comprovado e demonstrado nos autos, nessa hipótese poderia ser condenado em reparar os danos causados”. Cf. p.245.

ponsabilização por omissão ou retardamento<sup>268</sup>.

Ou seja, além de poder contar com a possibilidade de praticar a providência jurisdicional esperada após adotado o expediente previsto no parágrafo único do art. 133 do Código de Processo Civil, ao magistrado é dado contar também, na hipótese de permanecer omissos, com a excludente do “justo motivo”, caso seja demandado em razão de dano decorrente do retardamento da providência esperada.

Todavia, se o juiz, mesmo instado a fazê-lo, não suprir a falha, ou seja, não praticar o ato esperado, dá-se uma de duas possibilidades: ou o agente juiz demonstra – e aí o ônus da prova será seu<sup>269</sup> – que não praticou o ato esperado por justo motivo, ou seja, prova que a omissão ou o retardamento não se deu por negligência ou desídia (culpa) de sua parte, mas sim em razão, por exemplo, de acúmulo de serviço<sup>270</sup>, ou, então, será ele responsabilizado civilmente, se da omissão ou do retardamento resultar prejuízo à parte.

É importante ressaltar que a parte é obrigada e somente ela pode provocar o juiz para suprir a omissão ou o retardamento. Se não o fizer, restará desatendido requisito legal e não poderá demandar o juiz em ação reparatória de dano. Mas mesmo que não adote o procedimento do parágrafo único do art. 133, poderá a parte demandar o Estado diretamente, buscando deste a reparação do dano resultante da omissão ou retardamento do juiz. O Estado, por sua vez, deverá acionar o juiz regressivamente, oportunidade em que a este será dado justificar a falha, invocando alguma excludente de responsabilidade, a exemplo do acúmulo de serviço. Entendemos, porém, que o magistrado, em face do Estado, não poderá invocar como excludente de responsabilidade o desatendimento da providência exigida pelo parágrafo único do art. 133 do

---

<sup>268</sup> LASPRO. Op. cit., p.253. Demais disso, o referido requisito serve de desestímulo à parte ou ao advogado, ante o receio de tal providência despertar sentimento de represália por parte do juiz, que, por sinal, nessa hipótese, passaria a agir dolosamente, já que comprometida sua imparcialidade. É o que alerta Giovanni Ettore Nanni: “De qualquer forma, essa exigência consubstancia-se, inexoravelmente, inibidora à atuação da parte, revelando seu receio em eventuais repercussões dessa atitude no deslinde do feito, pois, requerendo ao juiz determinada providência, sob pena de sua responsabilização pessoal, poderia estar despertando a animosidade contrária do julgador, que estaria influenciado a eventualmente prejudicar a parte no julgamento da causa. Pondere-se que, em tal hipótese, a conduta seria dolosa e desprovida de imparcialidade, capitulando-se no inciso I do artigo sob comento, mas essa prova, dadas as circunstâncias, seria praticamente impossível de ser apreendida”. Cf. NANNI. Op. cit., p.242.

<sup>269</sup> De fato, incumbe ao réu a prova de fato impeditivo do direito do autor, nos termos do inciso II do art. 333 do Código de Processo Civil.

<sup>270</sup> Para Celso Agrícola Barbi, “será justo o motivo se o juiz omitiu ou retardou a providência por excesso de serviço reconhecido por quem for julgar o pedido de indenização”. Cf. BARBI. Op. cit., p.408. Segundo Giovanni Ettore Nanni, além do motivo usual do acúmulo de serviço, pode ocorrer de o justo motivo para o retardamento na prática do ato derivar da “conduta negativa da própria parte, que deveria tomar determinada providência para que a ação tivesse prosseguimento, mas não o faz, não se podendo imputar ao juiz a paralisação do processo ou qualquer denegação de justiça, já que a parte é quem deu causa a essa situação”. Cf. NANNI. Op. cit., p.240.

Código de Processo, uma vez que esta providência é exigida apenas da parte, de modo a impedir que esta acione o juiz antes de adotá-la. Vale dizer que a não-adoção da providência imposta pelo parágrafo único do art. 133 do CPC impede a parte de demandar o juiz diretamente em hipótese de dano resultante de omissão ou retardamento, mas não impede o Estado de buscar do juiz o ressarcimento em sede de ação regressiva<sup>271</sup>.

Já em relação à hipótese de recusa propriamente dita em adotar providência requerida pela parte ou que deva ser adotada de ofício, entendemos que ela não poderia contar com a excluída de responsabilidade fundada no justo motivo<sup>272</sup>. Nesse sentido, Celso Agrícola Barbi:

Difícil, porém, é a caracterização da culpa, se a alegação for de recusa a tomar providência requerida, porque, nesse caso, a atitude do juiz pode fundar-se na interpretação que ele dá à lei em que a parte se baseia para pedir a providência. O indeferimento da providência pleiteada pela parte envolve o problema da liberdade que tem o juiz de agir segundo o significado que ele vê na lei, e que pode não coincidir com a interpretação que lhe dá a parte. [...] Havendo despacho seu, indeferindo o pedido, sua função foi desempenhada, ainda que a decisão se funde em interpretação que possa ser considerada errônea.<sup>273</sup>

Giovanni Ettore Nanni faz a mesma observação:

Nesse caso, a recusa, mesmo expressa, não dará ensejo a qualquer reparação porque inserida dentro da liberdade de julgar que possui o juiz, podendo avaliar os fatos, as provas e o direito. No inciso em tela, quando o juiz entender que o pedido não encontra base legal e recusar-se expressamente a praticá-lo, não se confere a possibilidade à parte, mesmo que tenha experimentado um dano dessa recusa, pleitear qualquer reparação.<sup>274</sup>

Com efeito, ou o juiz se omite e fica sujeito a ser instado a suprir tal omissão mediante a providência prevista no parágrafo único do art. 133 do CPC, ou ele expressamente se recusa a agir. Nessa hipótese, não havendo que se falar em recusa tácita, ao se recusar o juiz estará em verdade decidindo a respeito da providência requerida e não adotada, sendo que tal decisão

<sup>271</sup> Nesse sentido, ver LASPRO. Op. cit., p.265.

<sup>272</sup> A propósito, importa registrar o posicionamento de Rui Stoco, que entende haver comportamento doloso quando o magistrado permanece inerte mesmo depois de instado a adotar a providência esperada mediante o procedimento do parágrafo único do art. 133 do CPC: “Perceba-se que a lei exige que o juiz da causa seja provocado previamente. Em acontecendo tal e, ainda assim, o magistrado recusar-se, omitir-se ou retardar a providência solicitada, tem-se comportamento intencional e, portanto, doloso de sua parte. [...] A nós parece que a caracterização da atitude dolosa (porque intencional) do juiz ocorre tão logo a parte cumpra o disposto no parágrafo único do art. 133 do CPC, independentemente de a ação judicial na qual se verificou a ocorrência ter ou não sido julgada”. Cf. STOCO. Op. cit., p.1060.

<sup>273</sup> BARBI. Op. cit., p.407.

<sup>274</sup> NANNI. Op. cit., p.238.

contempla hipótese de julgamento, que, em princípio, à luz dos dispositivos legais aqui em foco, não pode ensejar a responsabilização do juiz, mas tão somente o manejo dos recursos cabíveis no caso concreto.

### 5.1.3 Crítica

Segundo as hipóteses de responsabilidade pessoal do juiz previstas pelo art. 133 do Código de Processo Civil, e art. 49 da Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, ou bem se responsabiliza o magistrado que age dolosamente ao praticar ato ilícito de forma intencional, ou resta a responsabilização em razão de recusa, omissão ou retardamento de providência de seu ofício, sendo que a responsabilidade civil por esta última modalidade somente será possível, ao menos em face da parte, se, após provocado, permanecer o magistrado inerte e sem um justo motivo a lhe justificar a conduta.

A hipótese de responsabilização em razão da recusa, omissão ou retardamento, conforme decorre da análise dos doutrinadores, é de difícil ocorrência na prática – seja porque ao juiz é dado justificar a omissão ou o retardamento, seja porque pode contar com a oportunidade de supri-los ao ser provocado pelo expediente previsto no parágrafo único do art. 133 do CPC.

Já em relação à hipótese do inciso I do art. 133, embora o dolo seja de mais fácil caracterização e prova em determinadas situações, é inegável reconhecer que o magistrado pode agir dolosamente sem que absolutamente ninguém jamais o saiba ou, sabendo, consiga provar. Basta, por exemplo, nutrir o juiz sentimento de antipatia pela parte ou por seu advogado e comprometer sua imparcialidade, de modo a julgar de modo contrário à prova dos autos. O exemplo vem a propósito de ser o juiz humano e, portanto, falho por natureza. Aliás, conforme visto anteriormente, o argumento da falibilidade dos juízes costuma ser invocado para defender a irresponsabilidade do Estado e do juiz por atos jurisdicionais<sup>275</sup>. Portanto, pode ocorrer de o sentimento de antipatia decorrente exatamente da falibilidade humana ensejar a denegação de medida de urgência requerida nos autos, causando dano irreparável à parte.

É certo que, em situação assim, é ônus da parte prejudicada fazer uso dos recursos disponí-

---

<sup>275</sup> Nesse sentido, ver, por exemplo, TORNAGHI. Op. cit., p.410-11.

veis, de modo a fazer prevalecer o direito que dos autos resulta, buscando a reforma da decisão proferida pelo juiz imparcial. Mas é igualmente certo que o agir doloso do juiz ficará impune, ainda que a denegação dolosa de eventual medida de urgência tenha provocado dano irreparável. Ou seja, em que pese a conduta dolosa, o dano e o nexo causal entre estes, pode ocorrer de não haver responsabilização do agente em razão da ausência de prova da conduta dolosa do juiz, embora essa tenha existido.

A doutrina analisada dá conta, inclusive, que o simples expediente de instar o juiz a praticar ato pendente no processo, conforme previsto pelo parágrafo único do art. 133 do Código de Processo, pode ensejar desejo de represália por parte do magistrado, que, em razão da consequente quebra da parcialidade, passaria a agir dolosamente em detrimento da parte que o provocou, sem que, no entanto, a ninguém seja dado saber a respeito da parcialidade e, muito menos, provar<sup>276</sup>.

Dir-se-á que o quanto exposto, no que diz respeito à ocultação dos verdadeiros propósitos dos agentes políticos, não seria exclusivo da atividade jurisdicional, sendo comum às demais funções políticas do Estado, uma vez que, por exemplo, o legislador por vezes o faz levando em conta interesses outros que não propriamente voltados aos anseios e necessidades da população. Por certo que é um dado evidente da realidade, mas o que importa e o que se deseja registrar aqui, com apoio em Pontes de Miranda, é que:

Responsabilidade só se faz efetiva se há remédios jurídicos prontos e se aplicação da lei não fica à mercê de interpretações tendenciosas. A impunidade, havendo leis, é mais grave do que a impunidade por se não terem leis. O valor dos povos mede-se pelo valor intrínseco das suas leis e pela segurança de serem aplicadas em toda a sua extensão.<sup>277</sup>

O entendimento acima reproduzido aplica-se ao tema em estudo, pois, em que pese o artigo de lei em tela estabelecer hipóteses de responsabilização pessoal do magistrado, tal responsabilização, por conduto da referida via legal, mostra-se de difícil concretização.

A norma inserida no art. 133 do CPC mostra-se, portanto, insuficiente, bem como desproporcional ao potencial lesivo da atividade jurisdicional. Esse potencial lesivo decorre da enorme quantidade de poder conferida ao juiz para decidir sobre o bem da vida das pessoas. Necessá-

---

<sup>276</sup> NANNI. Op. cit., p.242.

<sup>277</sup> MIRANDA. Op. cit., p.419.

rio, então, que a responsabilidade pessoal do juiz não fique limitada à previsão do art. 133 do Código de Processo Civil.

## 5.2 LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANO DECORRENTE DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Merece detida análise a controvérsia a respeito da legitimidade para figurar no pólo passivo de eventual ação de reparação proposta pelo prejudicado em razão de dano decorrente de ato jurisdicional.

Para Celso Agrícola Barbi, na ação de ressarcimento proposta com base nas hipóteses do art. 133 do CPC, “o autor será a parte prejudicada e o réu será o juiz”<sup>278</sup>.

Escrevendo em face do Código Civil de 1916 e da Constituição Federal de 1967 com redação dada pela EC 1/1969, e considerando que esta tenha empregado a expressão funcionário público no sentido amplo de servidor público, Hélio Tornaghi defende que “não quis a lei sujeitar os juízes às normas gerais sobre responsabilidade civil”<sup>279</sup>. Todavia, a respeito da legitimidade do juiz para figurar no pólo passivo da ação de ressarcimento, o autor assinala que:

Não há dúvida de que a ação de ressarcimento pode ser movida diretamente contra o juiz causador do dano. Mas também pode sê-lo contra o Estado e, nesse ponto, é inquestionável a aplicabilidade do art. 15 do CC, que continua em vigor. Tem, então, o Estado ação regressiva contra o juiz (*Regressklage gegen einen Richter*).<sup>280</sup>

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que à parte prejudicada em razão de dano decorrente de situação que se enquadre na hipótese do art. 133 do CPC é dado aforar ação, tanto em face do poder público quanto em face do próprio magistrado, sendo que “o poder público que indenizar o prejudicado poderá voltar-se em regresso contra o magistrado desidioso”<sup>281</sup>.

Ainda à luz da hipótese do art. 133 do CPC, Rui Stoco defende que a ação de ressarcimento pode ser proposta, quer em face do magistrado, quer em face da Fazenda Pública, reconhe-

<sup>278</sup> BARBI. Op. cit., p.409.

<sup>279</sup> TORNAGHI. Op. cit., p.409-10.

<sup>280</sup> Id., Ibid., p.412. O art. 15 do Código Civil de 1916 corresponde ao art. 43 do Código Civil atualmente em vigor.

<sup>281</sup> Nelson NERY JÚNIOR; Rosa Maria de Andrade NERY. . Op. cit., p.134.

cendo a esta o direito de regresso contra o magistrado, “se reconhecida por sentença a sua culpabilidade”, quer, ainda, contra ambos, solidariamente<sup>282</sup>.

Comentando o referido artigo 133 do Código de Processo, Antonio Dall’Agnol registra que “a história da responsabilização civil do juiz por atos jurisdicionais, no País, desde as ordenações, demonstra uma tendência restritiva, seja porque se a fixa na pessoa do juiz, seja porque estabelece expressamente os casos”<sup>283</sup>. Pondera esse autor, no entanto, que com o advento da Constituição Federal de 1988, “tem-se inclinado a doutrina brasileira pelo entendimento de que responsável direto seja o Estado, nos termos do art. 37, § 6º, que consagra o princípio da responsabilidade (direta e) objetiva desse por atos de seus agentes”<sup>284</sup>.

Edmir Netto de Araújo, por sua vez, registra que:

Comprovando-se inequivocamente a atuação dolosa do juiz, agindo contra o direito, no intuito de prejudicar, quer auferindo lucros ou outras vantagens (juiz ‘peitado’), quer por simples motivos pessoais de animosidade, é claro que o Estado será patrimonialmente responsável, preliminarmente, pelo prejuízo causado ao administrado.

E, nesse caso, deverá o Poder Público (princípio da indisponibilidade dos interesses públicos) com fundamento no parágrafo único do art.107 da Constituição Federal, promover posteriormente a ação regressiva contra o magistrado, sem prejuízo de paralelamente, exercitar as sanções penais e administrativas cabíveis.<sup>285</sup>

Defende o referido autor que o juiz jamais deve responder em face da vítima, uma vez que apenas o Estado é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda reparatória, reputando, inclusive, inconstitucional o art. 133 do CPC<sup>286</sup>. O tema, no entanto, comporta outras considerações.

### **5.2.1 Legitimidade passiva à luz das hipóteses do art. 133 do Código de Processo Civil e do art. 37, § 6º, da Constituição Federal**

Aprofundando o assunto em foco nesta subseção, Joel Dias Figueira Júnior distingue as situações em que o magistrado e/ou o Estado podem figurar como réus de ação movida por vítima

<sup>282</sup> STOCO. Op. cit., p.1061.

<sup>283</sup> DALL’AGNOL. Op. cit., p.150.

<sup>284</sup> Id., Ibid., p.150.

<sup>285</sup> ARAÚJO. Op. cit., p.101. Grifo do autor.

<sup>286</sup> Id., Ibid., p.68.

de dano decorrente da atividade típica do Poder Judiciário.

Para o autor, quando a hipótese for de dano decorrente de ato ilícito, omissivo ou comissivo, por dolo ou fraude, ou de culpa grave sem justo motivo em situação de recusa, omissão ou retardamento da providência a cargo do juiz, ou seja, nas hipóteses dos incisos I e II do art. 133 do CPC, são legitimados de forma solidária tanto o magistrado quanto o ente estatal a que o agente estiver vinculado, “nada obstando que o prejudicado dirija a ação contra ambos, ou, direta e tão somente contra o magistrado”<sup>287</sup>.

De outro lado, a legitimidade será exclusiva do Estado quando o dano decorrer de “disfunção da máquina administrativa da justiça” ou de “erro judiciário ou erro stricto sensu (erro técnico no oferecimento da tutela estatal)”<sup>288</sup>, ou seja, fora das hipóteses do art. 133 do CPC.

A distinção feita por Joel Dias Figueira Júnior, acima mencionada, enseja o enfrentamento da matéria à luz da hipótese constitucional de responsabilização do Estado por atos dos seus agentes, na forma do § 6º do art. 37 da Constituição de 1988. É o que explica Yussef Said Cahali:

A identificação dos sujeitos que devem integrar o pólo passivo da ação indenizatória, para saber se a demanda pode ser proposta contra o Estado ou o agente em litisconsórcio facultativo possível, se deve ser proposta apenas contra o Estado ou se pode ser proposta apenas contra o agente, e se seria admissível, em qualquer caso, a denunciação recíproca da lide, deve ser examinada necessariamente a partir de uma distinção fundamental, que decorre do art. 37, § 6º, da Constituição.

Assim, a) se a pretensão inicial deduzida pelo prejudicado funda-se na responsabilidade civil objetiva do Estado, com a arguição da culpa anônima do serviço público, de falha administrativa, de risco da atividade estatal desenvolvida; ou b) se a pretensão inicial deduzida pelo prejudicado funda aquela responsabilidade em procedimentos doloso ou culposos imputado ao agente individualizado.<sup>289</sup>

Vale dizer que, se o dano em face do qual se pretende a reparação não for atribuível a determinado magistrado, decorrente, antes, de deficiência exclusiva do aparato judicial do Estado, então a ação de responsabilização deve ser aforada em face deste exclusivamente, já que o agente não foi individualizado e não participou da cena jurídica que ensejou o dano. Nessa hipótese, entende Yussef Said Cahali que a ação indenizatória tem como fundamento a res-

<sup>287</sup> Joel Dias FIGUEIRA JÚNIOR. **Responsabilidade civil do Estado-Juiz**. Curitiba: Juruá, 1995, p.77-78.

<sup>288</sup> Id., *Ibid.*, p.77-78.

<sup>289</sup> CAHALI. *Op. cit.*, p.151.

responsabilidade objetiva do Estado, em razão de falha administrativa, de risco da atividade estatal, de culpa anônima do serviço ou de culpa presumida da Administração<sup>290</sup>.

De outro lado, se o prejudicado propõe a ação indenizatória em razão de dano decorrente da prática de ato doloso ou culposo de determinado magistrado, na modalidade dos incisos do art. 133 do CPC, situação em que concretamente se individualiza o agente estatal, entende-se, então, que ao autor é dado acionar o magistrado direta e isoladamente, ou acionar o magistrado em litisconsórcio com o Estado. Isso porque, conforme regra do art. 37, § 6º, da CF/88, o Estado responde por atos de seus agentes, cabendo ao autor a prova do dolo ou culpa do agente, bem como dos demais elementos da responsabilidade civil. É nesse sentido a doutrina de Giovanni Etorre Nanni:

A fundamentação da ação de reparação de danos consiste em fator importante para determinar o pólo passivo da demanda, já que se expuser a conduta faltosa do juiz legalmente prevista, poderá ele ser acionado direta e isoladamente, mas se a demanda for fulcrada na responsabilidade objetiva do Estado, somente este poderá ser acionado.

Todas as particularidades que circundam a função jurisdicional, mormente as garantias especiais que são dispensadas ao juiz, não inibem que este seja demandado diretamente, pois a parte dispõe do direito de acionar o agente faltoso que comete ato ilícito. A especialidade da função exsurge em relação às limitações dessa responsabilidade aos casos previstos em lei e não quanto à inclusão no pólo passivo da ação de reparação de danos.<sup>291</sup>

Pode ocorrer, nessa linha, de o jurisdicionado prejudicado com a demora no desfecho do processo ajuizar demanda indenizatória em face do juiz e em face do Estado em litisconsórcio, atribuindo ao primeiro a prática de ato culposo, na modalidade do inciso II do art. 133 do CPC, e, ao segundo, falha da máquina judiciária, para a eventualidade de o juiz apresentar como justo motivo para a omissão ou o retardamento o acúmulo de serviço decorrente, por exemplo, da falta de estrutura do aparato judicial do Estado. Aqui, uma vez provada a culpa

<sup>290</sup> Id., *Ibid.*, p.151.

<sup>291</sup> NANNI. *Op. cit.*, p.299. Nesse sentido, ver MELLO. *Op.cit.*, p.840. Ver também, Yussef Said CAHALI: “Quanto à possibilidade que tem o ofendido de propor a ação apenas contra o funcionário faltoso (n. II do esquema retro), nenhuma contestação séria é deduzida em oposição à mesma, com inexpressiva jurisprudência contrária à possibilidade; o que, aliás, reforça o entendimento (afirmado anteriormente) favorável à faculdade que tem o autor de provocar desde logo a instauração do litisconsórcio passivo Estado/agente faltoso”. Cf. CAHALI. *Op. cit.*, p.168. E, ainda, Dirley da Cunha Júnior, para quem “o administrado lesado pode propor ação contra o Estado ou contra o agente público causador do dano ou contra ambos, como responsáveis solidários, nos casos de culpa ou dolo. Essa também é a posição do STF (RE 90.071, RDA 142/93 e AI 106.483, RDA 162/236)”. Cf. CUNHA JÚNIOR. *Op.cit.*, p.297.

do agente em demanda processada à luz da teoria da responsabilidade subjetiva<sup>292</sup>, Estado e juiz responderiam solidariamente. De outro lado, prevalecendo a excludente de responsabilidade invocada pelo magistrado, a condenação recairia apenas sobre o Estado, respondendo este objetivamente, ou seja, sem poder afastar sua obrigação de indenizar com base na ausência de culpa do seu agente.

Tem-se, assim, relativamente ao legitimado para figurar no pólo passivo de demanda indenizatória, e, ainda, no que diz respeito ao tipo de responsabilidade dos envolvidos, que o ato do magistrado que se enquadre nas hipóteses do art. 133 do CPC enseja a responsabilidade deste e também do Estado, mas sob a modalidade de responsabilidade subjetiva, posto caber à vítima do dano decorrente da atividade estatal provar o dolo ou a culpa do agente, bem como o dano e o nexo de causalidade. Nessa hipótese, a presença do Estado se justifica em razão da previsão constitucional de responder o Estado por atos de seus agentes, muito embora aí, segundo entendimento corrente, o Estado não responda à luz da teoria da responsabilidade objetiva do risco administrativo diante da necessidade de prova da culpa ou dolo do agente a que se imputa o ato ilícito. Na situação aqui em tela, provada a culpa ou o dolo e os demais elementos que ensejam a obrigação de indenizar, o Estado responde solidariamente com o juiz, sendo dado ao autor vítima do dano, por ocasião do pedido de cumprimento da sentença condenatória, fazê-lo em face quer do juiz, quer do Estado, sujeitando-se, no entanto, se preferir executar o Estado, às regras próprias da execução em face da Fazenda Pública<sup>293</sup>.

De outro lado, se o dano decorrente da atividade jurisdicional do Estado não puder se enquadrar nas hipóteses do art. 133 do CPC, situação em que a vítima do dano sequer individualiza o agente-juiz, a demanda indenizatória deverá ser proposta em face do Estado, exclusivamente, e com fundamento na responsabilidade objetiva do risco administrativo deste, conforme decorre da regra do art. 37, § 6º, do texto constitucional.

Em julgamento a respeito do tema da legitimidade para figurar no pólo passivo de ação reparatória de dano decorrente da atividade estatal, o Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, decidiu no sentido de que a norma constitucional do art. 37, § 6º, veicula uma dupla

---

<sup>292</sup> No âmbito do Supremo Tribunal Federal encontra-se entendimento no seguinte sentido: “O Supremo Tribunal já assentou que, salvo os casos expressamente previstos em lei, a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos de juízes”. (RE 553.637-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 4-8-09, 2ª Turma, DJE de 25-9-09). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 553.637-ED, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 4-8-09, 2ª Turma, DJ de 25-9-09. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1º set. 2009.

<sup>293</sup> Art. 730 e seguintes do CPC e art. 100, *caput*, da Constituição Federal.

garantia, sendo uma delas em prol do servidor estatal, rejeitando a hipótese de a ação ser proposta diretamente em face do agente. Vale conferir a ementa do acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 327904, cujo relator foi o Ministro Carlos Britto:

O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.<sup>294</sup>

Gustavo Binenbojm defende que o julgamento acima referido “alterou o entendimento tradicional relativamente à possibilidade de responsabilização direta *per saltum* da pessoa natural do agente público, quando causado o dano no exercício de atividade tipicamente jurisdicional”<sup>295</sup>.

De qualquer modo, uma advertência se faz necessária. Conforme visto em capítulo anterior, persiste controvérsia em torno do tipo de responsabilidade a incidir sobre a Administração, se realmente objetiva ou se subjetiva, quando em foco dano decorrente da falha do serviço. A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello doutrina que:

Há largo campo para a responsabilidade subjetiva no caso de atos omissivos, determinando-se, então, a responsabilidade pela teoria da culpa ou falta de serviço, seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente.<sup>296</sup>

Oreste Nestor de Souza Laspro afirma que em situação de anormal funcionamento da justiça, tratando-se, portanto, de responsabilidade por omissão, “não se aplica a regra da responsabili-

<sup>294</sup> Importa esclarecer que o recurso extraordinário aqui referido foi interposto pela Associação de Caridade da Santa Casa de Misericórdia de Assis-SP, visando reforma de acórdão que confirmou sentença de extinção do processo sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva do réu, no caso, o ex-Prefeito Municipal da cidade de Assis-SP, que durante o seu mandato teria praticado ato entendido pela referida Associação como lesivo aos seus interesses. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 327.904, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 15-8-06, 1ª Turma, DJ de 8-9-06. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1º set. 2009.

<sup>295</sup> Gustavo BINENBOJM. Op. cit., p.36.

<sup>296</sup> MELLO. Op. cit., p.837.

dade objetiva do Estado, respondendo também este somente por culpa<sup>297</sup>.

Significa dizer, em outras palavras, que devem ser tomadas com ressalvas as afirmações doutrinárias antes referidas sobre incidir responsabilidade objetiva do Estado em situação de dano decorrente de falha do aparato judicial do Estado.

### 5.3 DIREITO E DEVER DE REGRESSO DO ESTADO EM FACE DO JUIZ

Outro aspecto que envolve debate da doutrina refere-se ao modo pelo qual o direito de regresso deve ser exercido pelo Estado em face do juiz, quando se fizerem presentes os requisitos constitucionais exigidos pelo art. 37, § 6º, da CF/88.

Tal como ocorre em relação aos demais agentes estatais, também em relação ao agente-juiz existe discussão a respeito da possibilidade de ele ser denunciado da lide indenizatória proposta pelo prejudicado em face da Fazenda Pública, com base no inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil, ou se apenas em sede de ação autônoma de indenização é que o juiz será demandado para reembolsar o quanto desembolsado pelo Estado em favor de vítima de dano decorrente da atividade jurisdicional. No particular, o tratamento dispensado ao agente magistrado deve acompanhar os dos demais agentes estatais, considerando-se, inclusive, o entendimento veiculado pela Primeira Turma do STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 327.904 acima referido<sup>298</sup>.

A peculiaridade que deve ser destacada em relação ao agente juiz em comparação com os outros agentes públicos, segundo a doutrina, guarda relação com entendimento no sentido de que o juiz somente deve ser alvo da ação de regresso por parte do Estado ao qual estiver vinculado – seja mediante ação autônoma, seja mediante denúncia da lide – quando a conduta que causou o dano passível de reparação se enquadrar nas hipóteses do art. 133 do Código de Processo Civil. Giovanni Ettore Nanni defende que, sendo o juiz responsável pessoalmente apenas nas hipóteses legais, “se o Estado reparar o dano ocasionado por ato jurisdicional, o direito de regresso somente poderá ser exercido frente ao juiz nas restritas hipóteses legais e

---

<sup>297</sup> LASPRO. Op. cit., p. 265.

<sup>298</sup> Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 327.904, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 15-8-06, 1ª Turma, DJ de 8-9-06. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 1º set. 2009.

não em todos os casos de dolo ou culpa como ocorre com os demais agentes”<sup>299</sup>.

Assim, segundo a referida linha de pensamento, se a vítima, atribuindo a determinado juiz a autoria de dano em razão de conduta que se enquadre nas hipóteses do art. 133 do CPC, preferir propor ação apenas em face do Estado, este terá assegurado o direito regressivo em face do agente. Todavia, se a demanda indenizatória tiver fundamento em dano decorrente de ato estranho às hipóteses do art. 133 do CPC, então ao Estado não seria possível acionar o magistrado regressivamente. Esse raciocínio reduz a esfera do direito regressivo do Estado aos limites da responsabilidade pessoal do juiz previstos no art. 133 do Código de Processo. Embora coerente, o entendimento merece censura exatamente pelas restrições que defende. Segundo nossa interpretação, os poderes do juiz, próprios de função com enorme potencial lesivo, reclamam ampliação das hipóteses de sua responsabilidade pessoal.

Ainda sobre o exercício do direito de regresso, importa registrar que este somente poderá ocorrer após o Estado efetivamente pagar indenização à vítima do dano. Sem o efetivo pagamento à vítima, não há que se falar em ressarcimento do prejuízo causado pelo agente<sup>300</sup>.

Por outro lado, apenas pela via da ação regressiva, seja mediante denúncia da lide, seja mediante ajuizamento de ação autônoma de ressarcimento em face do juiz que tenha causado o dano, é que o Estado poderá reaver o quanto tenha desembolsado para indenizar a vítima de dano decorrente da atividade jurisdicional, sendo vedado ao ente público proceder a qualquer desconto de vencimentos em folha de pagamento. Embora tal entendimento seja defendido por Yussef Said Cahali, em relação aos agentes públicos de um modo geral<sup>301</sup>, pensamos que com mais forte razão se aplica aos magistrados, inclusive em razão do disposto no art. 95, inciso III, da Constituição Federal<sup>302</sup>.

---

<sup>299</sup> NANNI. Op. cit., p.302. Sob outro prisma, lembra Giovanni Ettore Nanni que se o dano decorrer de ato administrativo propriamente dito praticado pelo juiz, aí não deve haver distinção entre o agente juiz e os demais agentes estatais em relação à demanda regressiva do Estado: “Aludimos que quando o juiz pratica atividade administrativa, causando danos a outrem, pode ser responsabilizado como qualquer outro agente, pois age como tal, desacompanhado dos traços marcantes e distintivos da função jurisdicional. Nessa condição, sujeita-se ao direito de regresso nos termos preconizados pela Constituição Federal, como se fora um agente da Administração Pública, justamente por que atua nessa função de forma atípica, merecendo o mesmo tratamento de responsabilidade, respeitando-se o princípio da igualdade que deve ser dispensado aos servidores estatais”. Cf. NANNI. Op. cit., p.301.

<sup>300</sup> Nesse sentido, ver CAHALI. Op. cit., p.214.

<sup>301</sup> “De modo algum se permite à Administração Pública, não munida de um título executivo judicial, impor unilateralmente a separação de parte dos vencimentos do servidor, para de moto próprio recompor o prejuízo decorrente da indenização paga ao particular ofendido, em nome de seu pretense direito de regresso”. Cf. CAHALI. Op. cit., p.216.

<sup>302</sup> No Estado de São Paulo, a propósito do tema ora em foco, a Lei n. 10.177, de 30 de dezembro de 1998, estabelece o seguinte quanto ao exercício do direito de regresso em face do agente público: “[...] Artigo 69 - Conclu-

### 5.3.1 A Lei n. 4.619, de 28 de abril de 1965

Merece ainda destaque o quanto previsto pela Lei n. 4.619, de 28 de abril de 1965, que dispõe sobre a ação regressiva da União em face de seus agentes. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “na esfera federal, a Lei n. 4.619, de 28-4-65, estabelece normas sobre a ação regressiva da União contra seus agentes, atribuindo a sua titularidade aos Procuradores da República”<sup>303</sup>.

Pelos termos do art. 1º do referido diploma legal, “os Procuradores da República são obrigados a propor as competentes ações regressivas contra os funcionários de qualquer categoria declarados culpados por haverem causado a terceiros lesões de direito que a Fazenda Nacional seja condenada judicialmente a reparar”. Já o art. 2º estabelece que o “prazo para ajuizamento da ação regressiva será de sessenta dias a partir da data em que transitar em julgado a condenação imposta à Fazenda”.

Parece-nos, contudo, que o “funcionário de qualquer categoria” somente poderá “ser declarado culpado” em sede de regular processo de conhecimento que tenha por objeto exatamente a apuração de sua culpa ou dolo em relação ao dano que ensejou a condenação da Fazenda Pública. Assim, se essa apuração ocorrer no contexto da demanda secundária deflagrada com a denunciação da lide do agente-juiz tido como autor do dano, então a Fazenda Pública poderá buscar o ressarcimento do que pagou à vítima nos próprios autos da ação indenizatória proposta contra si<sup>304</sup>. Mas se a Fazenda Pública optar por não denunciar o magistrado da lide, este somente poderá ser “declarado culpado” pelo evento danoso após ser submetido a regular

---

indo - se pela responsabilidade civil do agente, será ele intimado para, em 30 (trinta) dias, recolher aos cofres públicos o valor do prejuízo suportado pela Fazenda, atualizado monetariamente.

Artigo 70 - Vencido, sem o pagamento, o prazo estipulado no artigo anterior, será proposta, de imediato, a respectiva ação judicial para cobrança do débito. [...]”.

<sup>303</sup> DI PIETRO. Op. cit., 2001, p.525.

<sup>304</sup> Segundo Yussef Said Cahali, “admitida que seja a denunciação da lide ao servidor faltoso na ação de indenização ajuizada contra a Fazenda Pública (ou entidade privada prestadora de serviço público), a sentença única deverá definir-se, necessariamente, sob pena de nulidade, a respeito da responsabilidade da ré perante a vítima (objeto da lide principal), como também a respeito da responsabilidade do denunciado perante o denunciante (objeto da lide secundária). A sentença que julga procedente a ação indenizatória ajuizada contra a Fazenda Pública e declara a responsabilidade do denunciado pelas perdas e danos da condenação vale como título executivo contra o agente faltoso, exercendo-se, assim, o direito de regresso nos próprios autos do processo original. Assim, com a denunciação da lide ao agente, possibilita-se a efetivação do direito de regresso na própria ação”. Cf. CAHALI. Op. cit., p.213.

processo cognitivo, em que haja amplo debate em torno de sua culpa ou dolo, à luz da teoria da responsabilidade subjetiva.

Quanto ao prazo de sessenta dias para ajuizamento da ação regressiva, “a contar da data em que transitar em julgado a condenação imposta à Fazenda”, entendemos que essa previsão legal pode conflitar com o entendimento antes exposto, no sentido de que a ação regressiva somente poderia ser proposta em face do agente após a Fazenda Pública pagar indenização à vítima. Como o pagamento da indenização deve, em regra, obedecer ao regime de precatórios<sup>305</sup>, parece-nos que a ação regressiva deverá ser ajuizada na pendência da efetivação do pagamento requerido através daquele sistema.

#### 5.4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO DECORRENTE DE CONDUTA CULPOSA ESTRANHA À HIPÓTESE DO INCISO II DO ART. 133 DO CPC

Do exposto até aqui, parece não haver dificuldade em se afirmar a responsabilidade civil pessoal do juiz de qualquer instância ou tribunal quando este tiver agido dolosamente, nos moldes previstos pelo inciso I do art. 133 do Código de Processo Civil. Por mais difícil que seja a prova da conduta dolosa em inúmeras situações, a hipótese legal existe e não deve ser deixada de lado quando presentes circunstâncias que possibilitem sua utilização, inclusive para ensejar a responsabilização criminal e disciplinar do agente faltoso.

O mesmo se pode dizer em relação à hipótese do inciso II do art. 133 do Código processual. As situações objetivas de recusa, omissão ou retardamento revelam comportamento faltoso do juiz e devem ensejar sua responsabilização pessoal pelos danos daí decorrentes, ainda que, na prática, conforme exposto anteriormente, dificilmente se consiga levar a cabo eventual intenção nesse sentido.

A dificuldade surge quando se trata de confrontar a previsão legal de responsabilidade civil que toca ao juiz com a regra geral da responsabilidade civil decorrente da aplicação dos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Por um lado, o art. 41 da Lei Complementar n.35, de 14 de março de 1979, expressamente

---

<sup>305</sup> Art. 730 e seguintes do CPC e art. 100, *caput*, da Constituição Federal.

dispõe a respeito da impossibilidade de o magistrado ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir, salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem<sup>306</sup>. Nessa linha, há quem entenda que “para corrigir sentença errada bastam os recursos”<sup>307</sup>.

De outro lado, reconhecem os doutrinadores que decisões judiciais podem veicular equívocos e, em conseqüência, dano. Segundo Joel Dias Figueira Júnior, “inegável é a realidade de proliferação de decisões desarrazoadas, equivocadas técnica e juridicamente, sendo impossível não afrontarmos a questão com a seriedade que a espécie requer”<sup>308</sup>.

Para Oreste Nestor de Souza Laspro, a própria busca pela efetividade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário aumenta em muito as chances de o juiz cometer erros:

[...] Com efeito, a partir do momento em que o Estado não consegue dentro de uma cognição plena resolver os litígios, passam a ser cada vez mais aceitas e até exigidas pela sociedade as cognições sumárias, as tutelas de urgência, onde o risco de erro, e, portanto, de dano são maiores.<sup>309</sup>

Nessa linha, Wilson Alves de Souza considera que “a própria pressão de se encontrar premido para resolver uma situação de urgência, muitas vezes somada ao excesso de processos a serem despachados e decididos, etc., podem conduzir o juiz a erros”<sup>310</sup>.

Nessas situações, parte da doutrina defende, a exemplo de Joel Dias Figueira Júnior, que o erro técnico involuntário no trato com o mecanismo jurídico instrumental ou material que gere dano, mas sem qualquer dolo ou culpa grave do juiz ou tribunal, gera o dever de indenizar apenas para o Estado<sup>311</sup>. De qualquer modo, ressalva o referido autor ser imprescindível, para fins da responsabilidade civil do Estado, que o erro técnico e o dano dele decorrente persistam mesmo após “a utilização de todos os meios de impugnação colocados à disposição dos litigantes”<sup>312</sup>. A propósito da caracterização do erro técnico que enseje a responsabilização exclusiva do Estado, aduz o referido autor que:

<sup>306</sup> Lei n. 35, de 14 de março de 1979, Art. 41 - Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir.

<sup>307</sup> TORNAGHI. Op. cit., p.411.

<sup>308</sup> FIGUEIRA JÚNIOR. Op. cit., p.60.

<sup>309</sup> LASPRO. Op. cit., p.21.

<sup>310</sup> Wilson Alves de SOUZA. Op. cit., 2006, p.325.

<sup>311</sup> FIGUEIRA JÚNIOR. Op. cit., p.61.

<sup>312</sup> Id., Ibid., p. 65.

Convém lembrar, todavia, que isso sucederá apenas *depois de transitada em julgado a revisão criminal, a ação rescisória ou a declaratória de anulação de decisão judicial*, favoravelmente ao demandante; só, e somente só, neste momento, estaremos defronte de um típico *erro judicial*. Também poderá configurar-se o *erro judicial* sem que o interessado tenha de lançar mão dos remédios acima referidos. São os casos de decretação de nulidade da sentença recorrida pela instância superior, em apelação, diante da manifesta e injustificável violação de dispositivo legal pelo julgador (erro grosseiro) ou através de impugnação pelos embargos à execução ou por mandado de segurança.

[...]

Nada obstante, em qualquer hipótese, se alguma responsabilidade vier a ser impugnada no plano civil (porquanto não excluída a responsabilidade penal ou administrativa), esta não poderá jamais ser atribuída ao juiz (direta ou indiretamente), mas sempre ao Estado, sob pena de ruptura dos princípios da segurança, garantia e independência que norteiam a função jurisdicional, não instituídos para beneficiar o julgador, mas para proteger a própria coletividade.<sup>313</sup>

Esse é também o entendimento de Rui Stoco, para quem a hipótese de erro judicial não intencional gera a responsabilidade do Estado, mas não a responsabilidade pessoal do juiz, e, mesmo assim, em caráter excepcional, necessitando, inclusive, ser declarado em ação rescisória<sup>314</sup>.

Note-se que o erro referido por Joel Dias Figueira Júnior como “involuntário”, ou por Rui Stoco como “não intencional”, caracteriza conduta tipicamente culposa.

Ou seja, para esses autores a conduta tipicamente culposa, estranha às hipóteses do art. 133 do Código de Processo Civil, seria capaz gerar dano passível de ressarcimento, mas apenas pelo Estado, não pelo juiz que laborou em erro e que efetivamente causou o dano.

Esse entendimento, porém, não é pacífico. Confira-se, a propósito, o “Relatório final da I Comissão de Estudos da União Internacional dos Magistrados”, referido Yusef Said Cahali, em trecho que revela a necessidade de o erro tido por inescusável ensejar a responsabilidade pessoal do juiz:

[...]

Para alguns participantes, responsabilizar o juiz pelas faltas e erros porventura cometidos no exercício de suas funções pode importar restringir sua independência. O juiz não deve estar constantemente exposto aos riscos de ações civis contra ele proposta. Acresce que, em muitos casos, as ações intentadas contra o juiz importariam novo julgamento dos processos entre as partes.

<sup>313</sup> Ibid. p.61-2. Grifos do autor.

<sup>314</sup> STOCO. Op. cit., p.1061.

Outros participantes não admitem, no entanto, que uma falta do magistrado, que exerce uma função sem dúvida eminente, mas, ainda assim, uma função profissional, e que, além disso, é uma das que incumbem ao Estado (entendido no seu sentido mais amplo), não dê lugar a uma indenização à vítima.

A esse respeito, entretanto, uma distinção se impõe: não se pode responsabilizar o magistrado pelas decisões que tome quando se trata de simples erro de apreciação ou interpretação. Os únicos casos nos quais sua responsabilidade pode ser admitida são os que demonstrem uma negligência muito grave, uma falta muito grave de comportamento e uma falta inaceitável, que o magistrado normal e razoavelmente diligente não cometeria. Como exemplo de negligência grave, foi citado o caso da demora excessiva para julgar uma causa, imputável ao magistrado.

[...] <sup>315</sup>

O referido Relatório igualmente aponta para a necessidade de as partes esgotarem as vias recursais para combater a decisão eivada do vício decorrente de erro grosseiro ou inescusável: “[...] A forma de se apurar a responsabilidade do juiz foi também examinada. Em princípio, essa responsabilidade só se admite após terem sido utilizadas pelas partes todas as vias recursais. [...]” <sup>316</sup>.

Nessa linha, defende Oreste Nestor de Souza Laspro que “o juiz deve responder pela sua negligência, imprudência e imperícia”, não havendo razão para responder apenas em caso de culpa grave, “na medida em que, sempre que sua ação ou omissão não se coadunar com a forma que se espera do bom juiz, se houver dano, deverá ser responsabilizado” <sup>317</sup>.

Edmir Netto de Araújo igualmente destaca a necessidade de o erro técnico do juiz gerado por negligência ensejar sua responsabilidade civil, ainda que não diretamente em face da vítima, mas apenas pela via da ação regressiva estatal:

Todavia, no caso do magistrado, é seu dever de ofício conhecer do litígio que é levado a seu exame e decisão, bem como (presunção de perícia) enquadrá-lo corretamente no direito aplicável. Realmente, ao lado das atividades judiciais meramente administrativas, essa é, por excelência, a função do juiz: dizer o direito aplicável à lide.

[...]

Assim, sua ignorância sobre as circunstâncias do caso, condicionando o seu correto enquadramento no direito aplicável, pode ser atribuível à sua negligência ou imprudência ao despachar ou decidir, *verbi gratia*, sem ao menos folhear o processo, atendendo a eventual solicitação de um advogado amigo. É contrário a qualquer raciocínio normal decidir-se algo ignorando o seu conteúdo.

<sup>315</sup> CAHALI. Op. cit., p.491.

<sup>316</sup> Id., Ibid., p.491.

<sup>317</sup> LASPRO. Op. cit., p.241.

Assim sendo, pode ocorrer a culpa. E, por consequência, o Estado responde pelo dano e aciona regressivamente o magistrado.<sup>318</sup>

Para Giovanni Ettore Nanni, o chamado erro judiciário em sentido amplo decorre não só de sentença criminal, mas também de pronunciamento inserido no contexto dos processos cíveis, “e não apenas da hipótese de sentença, mas de qualquer ato ou pronunciamento, que, se equivocado, dará azo à indenização nos termos preconizados pela Constituição Federal, pois esta não trouxe qualquer limitação quanto à sua extensão”<sup>319</sup>. Assim, defende esse autor a possibilidade de responsabilização, mas não sem antes chamar atenção para o ônus processual das partes de atacarem os erros mediante utilização dos recursos disponíveis:

Na prática de sua função jurisdicional, o juiz pode cometer equívocos, decorrentes da pessoa humana, involuntários, sejam *erros in iudicando* ou *in procedendo*, tanto na inobservância de determinado documento, má apreciação da prova, interpretação equivocada de texto legal, etc. A princípio, para corrigir esses erros, dispõem os litigantes dos recursos previstos na legislação processual, que devem ser ostensivamente utilizados para corrigir os atos falhos.

Não se pode, portanto, pretender uma justiça alheia de erros, pois nada é infalível.

Assim, a parte litigante, por seu turno, deve esgotar os remédios processuais, objetivando retificar eventuais erros, evitando-se outras desnecessárias medidas judiciais.

Não é lícito desperceber, outrossim, o engano na responsabilização do juiz ou do Estado como sucedâneo recursal em caso de eventual erro na aplicação do direito, mitigando os ônus processuais das partes.

Contudo, quando, dada a circunstância, não for mais possível a interposição de recurso ou outro remédio processual, de qualquer forma a responsabilidade estatal subsiste, independentemente de qualquer manifestação da parte para impugnar o ato viciado.<sup>320</sup>

Amparado na circunstância de que o descumprimento de um dever jurídico gera uma sanção, e de que o primeiro dever jurídico do juiz é cumprir a lei, Giovanni Ettore Nanni considera que o descumprimento do dever ínsito à atividade do juiz deve gerar para este o dever de indenizar, se presentes os demais elementos da responsabilidade civil:

Uma decisão flagrantemente contrária à lei, em nosso ver, configuraria uma grave violação de seu dever, tomada sem o mínimo de diligência que deve ser exigida do juiz, que é um profissional, letrado, concursado, com conhecimento técnico específico, não se admitindo tal postura, gerando o dever de reparar eventual dano causado em função da decisão, pois configurada a culpa grave.

<sup>318</sup> ARAÚJO. Op. cit., p. 104. Grifo do autor.

<sup>319</sup> NANNI. Op. cit., p. 123.

<sup>320</sup> Id., Ibid., p.132. Grifos do autor

[...]

Com isso não se fere a independência do juiz ou a sua liberdade de interpretar o direito. Não se refere aqui a uma decisão contrária à lei na atividade judicante do juiz meramente interpretativa, que é absolutamente normal no mundo jurídico, ou ainda a uma interpretação controvertida e divergente na jurisprudência, mas flagrantemente contrária ao direito, teratológica, beirando o absurdo, onde salta aos olhos que foi proferida sem o mínimo de diligência, mediante total negligência, como nos exemplos citados.

[...] Não se admite, por exemplo, que um juiz aplique os dispositivos da Lei n. 6.649/79, que regia as locações de imóveis urbanos, a uma locação atual, que é regida pela Lei n. 8.245/91. Seria uma aberração no mundo do direito, exatamente o que se pretende coibir com a proposta.<sup>321</sup>

De nossa parte, defendemos a responsabilização civil pessoal do magistrado para além das hipóteses previstas pelos artigos 133 do CPC e 49 da Lei Complementar n.35, de 14 de março de 1979. Entendemos que o juiz deve ser responsabilizado também quando presente hipótese de conduta culposa decorrente de negligência ou imprudência no trato da profissão. Aliás, não derivando o erro gerador de dano da interpretação da lei ou da avaliação da prova dos autos, tal erro poderia ser caracterizado, em determinadas circunstâncias, como grosseiro ou inescusável.

Com efeito, manifestando-se o Estado por seus órgãos para prestar serviço público a que se obrigou, importa que os agentes desses órgãos se manifestem de modo a atender adequadamente aos objetivos e finalidades que lhe são próprios, sem que se permita espaço a desatenções, improvisos ou erros considerados inescusáveis. No que toca ao agente juiz, a própria Constituição Federal de 1988 impõe essa obrigação de permanente qualificação técnica, a ponto de eleger como princípio a ser observado pelo Estatuto da Magistratura a exigência de participação de magistrados em cursos de formação e de aperfeiçoamento<sup>322</sup>. O Código de Ética da Magistratura Nacional, recentemente editado pelo Conselho Nacional de Justiça, também trata do assunto e dedica o seu Capítulo X ao tema do “Conhecimento e Capacitação” dos magistrados<sup>323</sup>, o que revela a importância da qualificação profissional dos agentes encar-

<sup>321</sup> Ibid., p.268-272. De acordo com Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, “O juiz tem também deveres no processo. Todos os poderes de que dispõe caracterizam-se como poderes-deveres, uma vez que não lhe são conferidos para a defesa de interesses seus, ou do próprio Estado, mas como instrumento para a prestação de um serviço à comunidade e particularmente aos litigantes. Não só o dever de sentenciar ele tem (...), mas ainda o de conduzir o processo segundo a ordem legal estabelecida (devido processo legal), propiciando às partes todas as oportunidades de participação a que têm direito e dialogando amplamente com elas mediante despachos e decisões tão prontas quanto possível e motivação das decisões em geral (garantia constitucional do contraditório)”. Cf. ARAÚJO CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. Op. cit., p.313.

<sup>322</sup> Constituição Federal de 1988, Art. 93, inciso IV.

<sup>323</sup> Código de Ética da Magistratura, publicado no DJ, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008, Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008. “[...] CAPÍTULO

regados de dizerem o direito. Nessa Linha, segundo Wilson Alves de Souza, o Poder Judiciário responsável pela administração direta dos serviços da justiça, e na qualidade de um dos destinatários da norma consubstanciada no princípio de duração do processo em tempo razoável, deve implementar “políticas de qualificação de pessoal, principalmente dos juízes, porque temos como certo que o despreparo profissional desses agentes públicos é um dos motivos, dos mais graves, do retardamento dos processos; [...]”<sup>324</sup>.

É certo que o juiz não deve ser censurado pela interpretação que confere aos fatos e ou pela valoração que faz das provas, tampouco e principalmente pela solução que dá à lide que lhe toca julgar. Mesmo que juridicamente inadequada e em desarmonia com entendimento jurisprudencial e doutrinário dominante a respeito de determinada questão, a decisão judicial somente poderá ser censurada pela via processual prevista juridicamente para tanto. Vale dizer que, não obstante determinada decisão contrarie a literalidade de texto normativo, bem como entendimento consolidado a respeito de determinado tema e, por fim, súmula de jurisprudência de tribunal superior<sup>325</sup>, a pessoa do juiz que a prolatou não poderá ser censurada, muito menos alvo de ação para fins de responsabilização. Mesmo que em detrimento da celeridade e economia processual, mesmo que em prejuízo da expectativa da parte, a quem era razoavelmente dado esperar que determinada tese jurídica já consolidada em termos de jurisprudência devesse prevalecer, ainda assim o julgador e seu julgamento não poderão ser alvos de censura outra que não as processualmente previstas<sup>326</sup>.

Mas se é assim que deve ser em termos de julgamento propriamente dito, pensamos que o

---

X CONHECIMENTO E CAPACITAÇÃO Art. 29. A exigência de conhecimento e de capacitação permanente dos magistrados tem como fundamento o direito dos jurisdicionados e da sociedade em geral à obtenção de um serviço de qualidade na administração de Justiça. Art. 30. O magistrado bem formado é o que conhece o Direito vigente e desenvolveu as capacidades técnicas e as atitudes éticas adequadas para aplicá-lo corretamente. Art. 31. A obrigação de formação contínua dos magistrados estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais. Art. 32. O conhecimento e a capacitação dos magistrados adquirem uma intensidade especial no que se relaciona com as matérias, as técnicas e as atitudes que levem à máxima proteção dos direitos humanos e ao desenvolvimento dos valores constitucionais. Art. 33. O magistrado deve facilitar e promover, na medida do possível, a formação dos outros membros do órgão judicial. Art. 34. O magistrado deve manter uma atitude de colaboração ativa em todas as atividades que conduzem à formação judicial. Art. 35. O magistrado deve esforçar-se para contribuir com os seus conhecimentos teóricos e práticos ao melhor desenvolvimento do Direito e à administração da Justiça. Art. 36. É dever do magistrado atuar no sentido de que a instituição de que faz parte ofereça os meios para que sua formação seja permanente”. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 1º set. 2009.

<sup>324</sup> Wilson Alves de SOUZA. Op. cit., 2006, p.276.

<sup>325</sup> A propósito, Oreste Nestor de Souza Laspro defende que “independência não significa irresponsabilidade”, e que “caso a decisão contrária à súmula cause à parte um dano, naturalmente, o juiz, em nome de sua independência, assumiu esse risco e, portanto, deverá ser responsabilizado”. Cf. LASPRO. Op. cit., p.273.

<sup>326</sup> Aliás, pensamos que situações como a acima descrita servem mais para retardar o desfecho do processo e gerar falsas expectativas entre os litigantes do que como forma de manifestação de independência pessoal.

mesmo não deve ocorrer quando se trata de ato praticado sem qualquer zelo profissional.

Como exemplo, basta pensar em juiz que, sem ter quem lhe controle a frequência ou a assiduidade, dá causa a adiamento de audiência por simplesmente não comparecer ao local de trabalho, impondo às partes os prejuízos daí decorrentes, entre eles o de ver o processo se distanciar ainda mais do tão esperado desfecho. Ou, ainda, em juiz que, mediante decisão apenas formalmente fundamentada, valendo-se de clichês – tais como: “Vistos, etc. Presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, concedo a liminar pleiteada.” –, profere decisão liminar sem atentar para as circunstâncias do caso concreto, impondo à parte requerida ou a terceiros prejuízos perfeitamente evitáveis se o ofício jurisdicional tivesse sido prestado de forma mais cautelosa. Segundo Joel Dias Figueira Júnior:

[...] não é raro encontrarmos togados negligentes, relapsos, pouco cautelosos no seu mister, morosos em impulsionar o processo e lentos a oferecer a tutela estatal definitiva, desinformados das doutrinas e orientações pretorianas atuais e dominantes, despreparados cientificamente, omissos na prática correicional de seus cartórios, etc.<sup>327</sup>

Ora, encontrar “togados negligentes, relapsos, pouco cautelosos no seu mister” não teria maiores conseqüências se ao jurisdicionado fosse possível contar com alternativa ao serviço prestado pelo Estado. Ocorre que o serviço público jurisdicional é prestado em caráter de monopólio pelo Estado, sendo que o agente encarregado de prestar tal serviço, ainda que negligente, relapso ou pouco cauteloso no seu mister, é quem efetivamente “detém o poder de decidir a respeito dos bens da vida das pessoas”<sup>328</sup>.

Referindo-se aos agentes públicos de um modo geral, Marçal Justen Filho defende que a natureza da atividade estatal impõe a estes “um dever especial de diligência, consistente em prever as conseqüências de sua conduta ativa e omissiva, adotando todas as providências necessárias para evitar a consumação de danos a terceiros”<sup>329</sup>. O autor acrescenta que:

Se o agente estatal infringir esse dever de diligência, atuando de modo displicente, descuidado, inábil, estará configurada a conduta ilícita e surgirá, se houver dano a terceiro, a responsabilidade civil.

Observe-se que esse dever de diligência é especial e rigoroso. Não é equivalente àquele que recai sobre todo e qualquer indivíduo que convive em sociedade. A natureza funcional das competências estatais produz o surgimento

<sup>327</sup> FIGUEIRA JÚNIOR. Op. cit., p.75.

<sup>328</sup> Wilson Alves de SOUZA. Op. cit., 2008, p.20.

<sup>329</sup> JUSTEN FILHO. In: Juarez FREITAS (Org.). Op. cit., 2006, p.233.

de um dever de previsão acurada, de cautela redobrada.<sup>330</sup>

No que toca à responsabilização civil do Estado por atos não administrativos, Marçal Justen Filho defende aplicação dos mesmos critérios:

Os fundamentos que conduzem à responsabilização civil do Estado por atividade administrativa não contratual são plenamente aplicáveis ao âmbito da atividade jurisdicional, legislativa ou de controle externo.

Em suma, o dever de diligência objetiva norteador do exercício das competências administrativas também existe no tocante ao desempenho das competências jurisdicionais e legislativas. Se, ao desempenhar qualquer de suas funções, o Estado infringir o dever de diligência objetiva e isso produzir lesão material ou moral a terceiro, haverá dever de indenizar.<sup>331</sup>

Se é assim que deve ser em relação aos agentes públicos comuns, mais ainda deve ser em relação ao agente que enfeixa e encerra não apenas a voz do Poder Judiciário, mas sim a voz e o Poder – uno – do próprio Estado. Se o dever de resolver conflitos de interesses, imposto ao juiz, lhe confere poderes capazes de influir sobre a vida e o destino das pessoas, então é de rigor que ele seja responsabilizado na exata medida desses poderes.

Ou seja, o juiz não deve responder pelos danos que causar apenas quando agir de forma dolosa ou fraudulenta ou nas hipóteses restritivas do inciso II do art. 133 do CPC. O magistrado de qualquer instância ou tribunal deve ser responsabilizado sempre que o seu agir for um agir negligente, já sem compromisso algum com a relevante função desempenhada, e desde quando sua conduta cause dano a terceiro.

Por mínimo que seja o prejuízo decorrente das situações de negligência ou desídia acima expostas, considerando-se que em sede de recurso seja possível reverter o quadro, entendemos que elas não são minimamente aceitáveis. Encarregado que é de exercer uma das funções que o Estado se obrigou a prestar, natural que o agente político juiz exerça essa função de forma profissional, sem permitir lugar ao improvisado ou a erros considerados inescusáveis.

Logo, não se trata de censurar o julgamento do magistrado. O foco não deve ser a responsabilização do Estado ou do juiz em razão de uma decisão controvertida. Não se trata, muito me-

---

<sup>330</sup> Id., *Ibid.*, p.233. A propósito, lembra Oreste Nestor de Souza Laspro que a responsabilidade do profissional “não leva em consideração a forma de agir do homem médio, mas sim do bom profissional”. Cf. LASPRO. *Op. cit.*, p.239.

<sup>331</sup> JUSTEN FILHO. *Op. cit.*, 2009, p.1089.

nos, de obrigar o Estado ou o juiz a indenizar a parte que sucumbiu<sup>332</sup>, pois a sucumbência em si não é um dano produzido em razão da atividade do Estado, sendo, antes, um dos resultados possíveis para uma disputa, em que um litigante deve perder, e outro deve ganhar, ainda que em parte.

A propósito do tema em foco, Mauro Cappelletti noticia crítica feita por Gustavo Zagrebelski, para quem o juiz não pode querer ser ao mesmo tempo funcionário público e profissional liberal:

Na pretensão de total independência perante os aparelhos do Estado e de substancial irresponsabilidade perante os usuários, parece-me ser possível vislumbrar a contradição de quem quer ser considerado, ao mesmo tempo, funcionário e profissional liberal e valer-se das vantagens das duas posições, sem assumir os encargos respectivos: como funcionário, deseja ser “protegido” nas suas relações com o público; como profissional liberal, não quer dependência hierárquica ou de aparelho.<sup>333</sup>

Note-se, neste contexto, que esse juiz que se quer “funcionário” em sua relação com o público pode terminar, em razão de negligência, por comprometer o próprio acesso à justiça, entendendo-se acesso à justiça como o direito “a um devido processo, vale dizer, um processo carregado de garantias processuais, um processo equitativo (justo), que termine num prazo mínimo razoável e produza uma decisão eficaz”<sup>334</sup>.

Ou seja, o juiz negligente termina por retardar o desfecho do processo, distanciando o jurisdicionado da tão sonhada “porta de saída”<sup>335</sup> da justiça, o que, em si, já é um dano passível de ressarcimento.

Além disso, não se pode desconsiderar que esse negligenciar o exercício da função jurisdicional é tão passível de causar dano quanto o é o agir doloso ou fraudulento. É certo que o dano decorrente de ato doloso provavelmente é mais intenso que um dano decorrente de simples

---

<sup>332</sup> Oreste Nestor de Souza Laspro noticia que há quem entenda que a irresponsabilidade do Estado e do juiz devem prevalecer pois, do contrário, a parte sucumbente poderia voltar-se contra o julgador. Confira-se: “Assim, no momento em que o Estado, através do juiz, resolve a lide, impondo um resultado, é óbvio que está declarando o direito de uma parte contra os interesses da parte contrária. Dessa situação fática elementar, parte da doutrina e da jurisprudência extrai a conclusão de que sempre haverá uma parte prejudicada e que se o Estado e o juiz se tornarem responsáveis sempre terão de ressarcir a parte que sucumbiu”. Cf. LASPRO. Op.cit., p.101-2.

<sup>333</sup> Gustavo ZAGREBELSKY. In: GIUR. Cost., 1982, I, p.791 apud CAPPELLETTI. Op. cit., p.11, nota de rodapé n. 5.

<sup>334</sup> Wilson Alves SOUZA. **Responsabilidade civil do Estado no plano internacional por negação do acesso à justiça**. Disponível em: <[http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=332](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=332)>. Acesso em: 1º ago. 2009.

<sup>335</sup> Id. Ibid.

culpa. Ocorre que não se trata de censurar o ato danoso com vistas apenas à intensidade do dano. A intensidade do dano deve servir para mensurar a indenização, mas não para afastá-la.

Pensamos, portanto, que o juiz deve responder pessoalmente ainda que não se trate de dolo, fraude, omissão ou retardamento injustificado. De fato, se o magistrado, por negligência ou imprudência, no exercício de suas funções, violar direito e causar dano a outrem (art. 186 do Código Civil), cometendo ato ilícito e atraindo para si a incidência da regra do art. 927 do Código Civil, deve ser obrigado a reparar o dano. O próprio art. 37, § 6º, da Constituição Federal, estabelece que o direito de regresso é assegurado ao ente estatal quer se trate de ato doloso, quer se trate de ato culposo, sem qualquer referência às limitações existentes na legislação infraconstitucional, a exemplo das existentes no art. 133 do Código de Processo Civil.

Logo, se ao ente público é assegurado o direito de acionar regressivamente o agente que causou dano nas hipóteses de dolo ou culpa, é porque à vítima é assegurado o direito de exigir a responsabilização civil do Estado independentemente tanto da qualidade do agente quanto da qualidade da conduta danosa. Significar dizer, em conclusão, que as limitações impostas pelo art. 133 do Código de Processo Civil não podem prevalecer, devendo dar lugar a um sistema de ampla responsabilização civil do magistrado faltoso. Do contrário, sabendo-se intocável e protegido pelo Estado, permanecerá o magistrado a descurar dos cuidados inerentes ao dever jurídico *lato sensu* a todos imposto de não causar prejuízos a outrem, pouco lhe importando agir de forma mais ou menos prudente no exercício do seu mister.

Em um tempo que se defende um amplo sistema de responsabilização, voltado mais à efetiva reparação do dano do que à investigação das causas deste, não é admissível que o agente juiz, dotado de tantos poderes e passível de causar os mais diversos prejuízos, não seja responsabilizado sequer em razão de dano decorrente da simples e tradicional culpa, proveniente de negligência ou desídia.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O exposto ao longo do trabalho permite apresentar as seguintes conclusões:

1. A convivência social exige a existência de um poder político e de um sistema jurídico aptos a solucionar conflitos de interesses próprios da vida social. Como grupo social maior, ao Estado incumbe a tarefa de coordenar e impor regras e limites, obrigando-se, a par do exercício

das demais funções estatais, a solucionar conflitos sociais.

2. A Constituição Federal de 1988 dedica-se à organização do Estado brasileiro e à organização dos Poderes estatais. As expressões Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário possuem dupla conotação, dispondo assim sobre as funções estatais e sobre os órgãos encarregados de exercer cada uma delas.

3. Subordinados diretamente à Constituição e agindo em nome da soberania e com independência para dizer o direito em última instância, os juízes são os agentes políticos diretamente encarregados de exercer a função pública a cargo do Poder Judiciário. Nessa linha, considerando-se a organização político-administrativa do Estado brasileiro, tem-se que os juízes estão necessariamente vinculados ou à União ou aos Estados membros, que são as pessoas jurídicas de direito público interno que exercem função jurisdicional.

4. As garantias institucionais e funcionais constitucionalmente asseguradas à magistratura não são privilégio desta, servindo, antes, à própria sociedade, considerando-se as peculiaridades da função jurisdicional. Independência e imparcialidade não se confundem com as garantias previstas na Lei maior. Estas apenas asseguram ao agente público condições sem as quais a função não poderia ser adequadamente exercida.

5. Mais do que um direito, a norma inserida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, prescreve um dever de regresso do ente público em face do agente que tenha causado dano a terceiros, em caso de dolo ou culpa.

6. O dever de regresso do Poder Público em face do magistrado não afeta nem compromete a independência deste. Acima de tudo, o juiz deve ter consciência de sua independência e desejar manifestá-la, assim como à sua imparcialidade, inclusive em relação à pessoa jurídica de direito público a qual esteja vinculado. O juiz deve ser responsabilizado por seus atos a despeito de sua independência e a despeito de sua imparcialidade.

7. O direito e o dever de regresso do Estado em face do juiz pode ser exercido pelo Estado tanto pela via da denúncia da lide autorizada pelo inciso III do art. 70 do Código de Processo Civil, quanto mediante ação autônoma do Estado em face do agente (Lei 4.619/65).

8. Apenas à luz do caso concreto é possível decidir a respeito da admissibilidade da denúncia da lide. Todavia, é possível defender que esta deve ser admitida quando a vítima autora da

ação reparatória de dano decorrente da atividade jurisdicional houver individualizado determinado juiz como responsável pelo prejuízo. Se a ação de ressarcimento funda-se na culpa anônima do serviço público, na falha administrativa ou no risco da atividade estatal desenvolvida, a denunciação da lide não deverá ser inadmitida.

9. A regra geral esboçada imediatamente acima serve de parâmetro para definição da parte legitimada a figurar no pólo passivo da ação reparatória de dano decorrente da atividade a cargo do Poder Judiciário. A depender da natureza da causa do dano, a vítima poderá acionar o magistrado, ou o magistrado em litisconsórcio com o Estado, ou, ainda, exclusivamente o Estado.

10. A sociedade passou de uma fase de completa irresponsabilidade civil do Estado para fases em que o dever de indenizar imposto a este ora contou com fundamentos teóricos de ordem subjetiva, baseados na culpa, ora com fundamentos de ordem objetiva, baseados no risco.

11. Diferentes teorias servem de fundamento ao dever constitucionalmente imposto ao Estado brasileiro de indenizar os danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, de modo que a adoção de uma ou outra linha de entendimento, a depender do caso concreto, pode servir de fundamento ao dever de reparar dano decorrente da atividade do Poder Judiciário.

12. Segundo as hipóteses legais de responsabilidade civil previstas pelo art. 133 do Código de Processo Civil, e art. 49 da Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, ou bem se responsabiliza o magistrado que agiu dolosamente ao praticar ato ilícito de forma intencional, violando, portanto, dever jurídico, ou resta a responsabilização em razão de recusa, omissão ou retardamento de providência de seu ofício.

13. A hipótese de responsabilização em razão da recusa, omissão ou retardamento, prevista no inciso II do referido art. 133, é de difícil ocorrência na prática, quer em razão de ao juiz ser possível justificar a omissão ou o retardamento, seja porque pode o juiz contar com a oportunidade de suprir a omissão ou o retardamento ao ser provocado pelo expediente previsto no parágrafo único do art. 133 do CPC.

14. Quanto à hipótese do inciso I do art. 133, embora o dolo seja de mais fácil caracterização e prova em determinadas situações, é fato que o magistrado pode agir dolosamente sem que absolutamente ninguém jamais o saiba ou, sabendo, consiga provar, a exemplo de quando,

apesar de comprometida sua parcialidade, não se afasta do processo. Uma vez comprometida a parcialidade, a parte poderá ser vítima de dano decorrente da conduta do juiz, que, todavia, ficará impune.

15. Para além das hipóteses legais de responsabilização previstas no art. 133 do Código de Processo Civil, faz-se necessário responsabilizar o magistrado, de qualquer instância ou tribunal, que, por faltar com o dever de diligência no trato do seu ofício, cause dano às partes ou a terceiros.

16. Embora correto se afirmar que a parte deve cumprir o ônus processual de combater eventuais erros de julgamento ou de procedimento com a utilização de todos os meios processuais disponíveis, não se pode negar que, por vezes, o dano decorrente de uma decisão judicial é irreparável. Por mais diligente que seja a parte, pode ocorrer de o recurso manejado, mesmo provido, não surtir efeito algum.

17. A evolução do instituto da responsabilidade civil pugna por uma ampla e objetiva reparabilidade dos danos causados, inclusive mediante desprezo sistemático do elemento culpa, sendo, portanto, inaceitável que o agente público juiz fique isento do dever de indenizar, mormente quando tiver causado dano em situações tipicamente culposas.

18. Se o agente público, de um modo geral, deve observar um especial dever de diligência, mais ainda o agente juiz deve observar esse dever, posto ter o seu ofício a peculiaridade de decidir a respeito do bem da vida das pessoas, causando-lhes, muitas vezes, por mero desleixo, descaso ou falta de compromisso, danos irreparáveis. Se grandes poderes trazem grandes responsabilidades, ao amplo poder de que dispõe o juiz deve corresponder a mais ampla responsabilização.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ANNONI, Danielle. **Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo**. 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Responsabilidade civil por ato jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Globo, 1990.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da Administração Pública – aspectos relevantes. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.293-336.

BAHIA, Saulo José Casali. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BAHIA, Saulo José Casali. Responsabilidade civil por atos do juiz. **Revista dos mestrandos em direito econômico da UFBA**. nº 3, jul.1992/jun.1993. Coord.: Sérgio Novais Dias e Saulo José Casali Bahia. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1993 (Anual).

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume I, artigos 1 a 153. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional** – artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BORGES, Alice Gonzalez. A responsabilidade civil do Estado à luz do Código Civil: um Toque de Direito Público. In: Juarez FREITAS (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.17-35.

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

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 5 dez. 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005.

DALL'AGNOL, Antônio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 2: do processo de conhecimento, arts. 102 a 242. Coord.: Ovídio A Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. vol. I. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. v.1. 11. ed. Salvador: JusPodium, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.2. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FACHIN, Zulmar. **Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 6. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância. In: FREITAS, Juarez. (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.170-197.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. vol.III: responsabilidade civil. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: SAF, 1991.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. O Poder Judiciário brasileiro e a reforma pela Emenda n. 45/2004: uma análise pelos olhos de Konrad Hesse e Ferdinand Lassale. In: DIDIER JR., Fredie; BRITO, Edvaldo; BAHIA, Saulo José Casali (Coord.). **A Reforma do Judiciário de acordo com EC n. 45/2004**. São Paulo: Saraiva, 2006. p.99-117.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.226-248

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

LESSA, Pedro. **Do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v. 2. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo 2: arts. 46 a 153. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: Juarez FREITAS (Org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p.37-69.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NALINI, José Renato. Responsabilidade civil ambiental por omissão do Estado. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Org.). **Temas atuais de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007. p.75-87.

NANNI, Giovanni Ettore. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual em vigor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Responsabilidade civil do estado por atos jurisdicionais**. São Paulo: LTr, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**. v.4 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

SANCHES, Sydney. **Denúnciação da lide no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

SCHEREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SENTO SÉ, João Nunes. **Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais**. Tese (Livre docência). Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 1974.

SERRA VIEIRA, Patrícia Ribeiro. **A responsabilidade civil objetiva no direito de danos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA NETO, Manuel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio A Baptista da. **Teoria Geral do Processo Civil**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação**: estudo comparativo entre o Direito brasileiro e o Direito português. Tese. Coimbra, 2006.

SOUZA, Wilson Alves de. O Código Civil 2002 e o Direito Processual – Breves notas sobre intervenção de terceiros nas causas envolvendo contrato de seguro de dano. **Revista da Faculdade de Direito da UFBA**. Coord: José Teixeira. v. XXXIX, 2006.

SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada**: Caracterização da Sentença Civil Imotivada no Direito Brasileiro. Salvador: JusPODIVM, 2008.

SOUZA, Wilson Alves. **Responsabilidade civil do Estado no plano internacional por negação do acesso à justiça**. Disponível em: <[http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=332](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=332)>. Acesso em: 1º ago. 2009.

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

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em:

15 set. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 set. 2009.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil, v.1: arts. 1º a 153**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.