

ano 12 - n. 47 | janeiro/março - 2012
Belo Horizonte | p. 1-272 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
Administrativo & Constitucional

A&C

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa

Revisão: Lourdes Nascimento

Luiz Fernando de Andrada Pacheco

Patrícia Falcão

Bibliotecários responsáveis: Izabel Antonina A. Miranda - CRB 2904 - 6ª Região

Lissandra Ruas Lima - CRB 2851 - 6ª Região

Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Tatiana Augusta Duarte - CRB 2842 - 6ª Região

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Capa: Igor Fernandes Jamur Vieira

Projeto gráfico: Virginia Loureiro

Diagramação: Karine Rocha

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais

Clèmerson Merlin Clève

Professor Dr. Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná e da UniBrasil (Faculdades Integradas do Brasil), com estudos pós-graduados na Université Catholique de Louvain (Bélgica). Professor Visitante do Programa de Doutorado em Desarrollo y Derechos Humanos – Universidad Pablo de Olavide (Espanha). Líder do NINC (Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPr).

Júlia Ávila Franzoni

Mestranda em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Membro do NINC (Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPr). Pesquisadora do Escritório Clèmerson Merlin Clève & Advogados Associados.

Resumo: O trabalho aborda o tema da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, delineando os fundamentos e as fronteiras dessa responsabilização. A questão exige renovado debate em vista da necessidade de se manter o equilíbrio entre o fortalecimento da atividade judicial para a tutela dos direitos fundamentais e a efetividade das promessas constitucionais, por um lado, e as garantias do jurisdicionado, por outro. Diante disso, o tema é trabalhado do ponto de vista de sua fundamentação constitucional, para, enfrentando os argumentos doutrinários imunitários, determinar os limites de sua caracterização, de acordo com as exigências republicanas.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Atos judiciais. Atos jurisdicionais.

Sumário: **1** Poder Judiciário: autonomia e responsabilidade – **2** Características da responsabilidade por ato jurisdicional – **3** Atos jurisdicionais danosos – **4** Conclusão – Referências

1 Poder Judiciário: autonomia e responsabilidade

A pergunta sobre quem diz o direito — o Legislativo ou o jurista — não morreu. Ainda que a preocupação com a definição do direito tenha constituído importante representação da modernidade jurídica, ela permanece no processo de formação do *Estado de Direito*. Diz-se que sob o manto do legalismo e da Escola da Exegese os juristas teriam perdido o protagonismo na criação do direito, na medida em que este passou a se identificar com a lei. Todavia, a interpretação pode ser relativizada: a atividade do jurista não deixou de ostentar alguma dose de caráter político.¹ Aliás, é essa característica criativa do seu trabalho que, mantida viva no Estado Democrático de Direito, autoriza a suposição da inevitabilidade da *disputa* entre juristas e legisladores² e da tensão entre constitucionalismo e democracia.³

Da *disputa* e da tensão referidas (juristas vs. legisladores/constitucionalismo vs. democracia) derivam duas considerações importantes para o tema que será explorado: (i) o papel do Poder Judiciário é essencial para o equilíbrio político-jurídico da democracia,⁴ sendo certo que (ii) o trabalho dos juízes definindo o *que é o direito*, e dizendo, além disso, o *que é de direito*⁵ (conforme o direito), constitui função necessária da soberania estatal. Decorrem daí tanto (i) a necessidade de se conferir ao Judiciário garantias (institucionais e funcionais) e competências suficientes para a satisfação das exigências da democracia desenhada pela normatividade constitucional,⁶ como também o (ii) simultâneo

¹ A interpretação encontra-se assentada em diversos trabalhos do historiador António Manuel Hespanha ressaltando a continuidade histórica da disputa entre juristas e legisladores no período da Escola da Exegese e ainda hoje no Estado Constitucional. Nesse sentido, verificar: Taking history seriously. Código do homem e ordem de Deus na "era da exegese" e Um poder um pouco mais que simbólico. Juízes e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito.

² É importante lembrar que a figura do "jurista" não se confunde com a dos juízes, sendo mais abrangente (juízes, doutrinadores). Da mesma forma ocorre com os "legisladores", já que não são apenas os que ocupam cargos no Congresso (congressistas, ocupantes de cargos no Executivo, ideólogos). Todavia, para o propósito deste trabalho, assume-se a identificação, para fins didáticos.

³ De forma simplificada, associa-se à figura do jurista a defesa de um direito que seria "anterior" aos direitos positivados pelo legislador. Em decorrência disso, a dimensão contra majoritária é ligada à atividade dos juristas e a democrática à atividade dos legisladores. Outra não é, ainda resumidamente, a simbologia da tensão entre constitucionalismo e democracia.

⁴ E, portanto, não se trata mais de discutir sua legitimidade democrática, mas sim os contornos de sua atuação no espaço do Estado Democrático de Direito.

⁵ O discurso voltado à prática jurisdicional, mais que revelar "o direito" define "o que é de direito", estabelecendo uma atividade justificadora do instituído e da prática judiciária. Nesse sentido, ver CLÈVE, Clèmerson Merlin. O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2011. p. 177-179.

⁶ Sobre os contornos da autonomia do Poder Judiciário verificar: Poder Judiciário: autonomia e controle. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional e de teoria do direito. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 38-40.

risco, advindo de uma suposta soberania dos juízes, de *mitificação e abuso* da atividade jurisdicional.⁷

Nesta circunstância, (i) a autonomia do Judiciário convive com (ii) o perigo de tratamento equivocado de seu poder (soberano?), o que pode implicar a emergência de um certo *fetichismo* da atividade jurisdicional. A dualidade ressurge no estudo da responsabilidade civil do Estado: como compor o equilíbrio entre o fortalecimento da atividade judicial para a tutela dos direitos fundamentais e a efetividade das promessas constitucionais, por um lado, e a garantia do jurisdicionado, por outro, de que não será sacrificado no altar de proteção do seu direito ou daquele da sociedade? É nesse ponto que calha falar de responsabilidade e de responsabilização.⁸

Não causa estranheza, desse modo, verificar que o tema da responsabilidade patrimonial do Estado tenha tido repercussão tardia no âmbito do Poder Judiciário e, ainda hoje, seja palco de desacordos doutrinários. Nessa seara, a Constituição de 1988 foi contundente ao afastar o dogma da irresponsabilidade do Estado pela conduta de seus agentes⁹ do âmbito do Judiciário e identificou ainda, hipóteses claras de incidência da responsabilidade.¹⁰ Outro não poderia ser o tratamento conferido pela Lei Fundamental: o regime institucional do Poder Judiciário está, como aquele dos demais Poderes, submetido aos princípios do Estado de Direito e *republicano*, ambos exigentes, como ninguém desconhece, de responsabilização.

⁷ Do manejo inadequado da qualificação “soberana” da atividade jurisdicional nota-se a continuidade de certa “sacralização” do trabalho e da figura juízes. Veja-se, por exemplo, a distância simbólica experimentada pelos magistrados dos demais operadores do direito, dos estudantes e da população. Em interessante estudo sobre métodos mais eficazes de ensino jurídico, Virgílio Afonso da Silva e Daniel Wei Liang Wang partem, justamente, da necessidade de atenuar as mazelas advindas do respeito excessivo ao argumento de autoridade, que pode conduzir à idealização do Poder Judiciário e à falta de uma cultura acadêmica livre e crítica. Ver: Quem sou eu para discordar de um ministro do STF?: o ensino do direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideais. Revista de Direito GV, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 95-118, jan./jun. 2010.

⁸ Aqui nem é necessário citar, para desenhar o quadro da dificuldade do trato da responsabilidade do Estado-Juiz, o perfil da atividade do judiciário brasileiro: alto volume de trabalho e infraestrutura deficiente.

⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

¹⁰ art. 5º, LXXV.

No contexto de uma democracia constitucional que substancia permanente tarefa a realizar, cumpre delinear o alcance da responsabilização do Estado por ato jurisdicional de modo que, como reclama com razão o Ministro Celso de Mello, "(...) haja progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder".¹¹

2 Características da responsabilidade por ato jurisdicional

A responsabilidade civil do Estado por fato do Poder Judiciário decorre do art. 37, §6º da Constituição Federal e dos princípios atinentes ao regime constitucional da atividade judiciária.¹² A exemplo da doutrina estrangeira,¹³ a posição predominante na doutrina brasileira, na atualidade, é pela incidência da responsabilidade do Estado por atos judiciais, variando o entendimento quando em questão atos oriundos de atividade estritamente jurisdicional. No âmbito da jurisprudência brasileira, tudo se passa de outro modo.¹⁴

A atividade judiciária supõe diferentes tipos de atos que conformam o serviço judiciário *lato sensu*. Esses atos podem ser *jurisdicionais*, como as sentenças e decisões interlocutórias; *administrativos*, como as nomeações e contratações; *normativos*, como os regimentos internos, as resoluções do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e as instruções da Justiça Eleitoral e *consultivos* (aqueles manifestados no exclusivo âmbito da Justiça Eleitoral). Fala-se, portanto, em atividade judicial como gênero compreensivo de atos decorrentes do exercício de função jurisdicional, administrativa ou normativa. O embate doutrinário no que tange à responsabilidade centra-se na modalidade dos

¹¹ Celso de Mello, voto na ADI nº 239-7/600.

¹² O regime constitucional conferido ao Poder Judiciário estabelece, para o exercício de sua atividade, autonomia institucional, autonomia administrativa e financeira e autonomia funcional dos magistrados. Essas garantias são estruturadas com o intuito de permitir a independência necessária desse órgão para execução de suas funções. Nesse sentido, verificar MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 963-1037 e SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 553-593. Todavia, ao assegurar esse rol protetivo da jurisdição a Constituição não vislumbrou a configuração de uma autonomia insular; ao contrário disso, exigiu em paralelo às garantias constitucionais, os deveres democráticos e republicanos de responsabilização do Estado.

¹³ Admitem responsabilidade civil do Estado por atos judiciais: Colômbia, Uruguai, França, Itália, Espanha, Chile, Argentina, Portugal, em outros. Nesse sentido, verificar MORALES, Jairo López. Responsabilidad del Estado por Error Judicial. 2. ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007. p. 403-441.

¹⁴ A jurisprudência do STF é no sentido de que o Estado não é civilmente responsável pelos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Observa-se esse entendimento no RE nº 219.117 julgado em 03.08.1999: "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".

atos jurisdicionais, manifestando-se consenso em relação à possibilidade de responsabilização do Estado-Juiz pela prática dos demais atos.¹⁵

A atividade jurisdicional propriamente dita compreende não apenas a sentença, mas todos os atos, incluindo despachos e decisões interlocutórias, praticados pelo magistrado no curso do processo.¹⁶ Em relação a ela o regime da responsabilidade apresenta particularidades.¹⁷ As várias teorias têm advogado a (i) tese da irresponsabilidade, a (ii) tese da responsabilidade limitada às hipóteses normativas expressamente previstas, havendo outras que reivindicam (iii) a ampliação da responsabilidade com base nos comandos constitucionais.

2.1 Superando os argumentos imunizatórios

A doutrina que não admite a responsabilidade do Estado em decorrência de atos jurisdicionais, ou que a limita às estritas hipóteses previstas na lei, sustenta-se em três¹⁸ argumentos principais.

O primeiro encontra suporte na *soberania do Estado*. A imunidade do Estado decorreria da caracterização da função jurisdicional como manifestação do poder soberano. Disso deriva que ao Estado não se imputaria qualquer responsabilidade de ordem patrimonial, sendo certo que, nas hipóteses legais, apenas os magistrados seriam chamados a responsabilização.^{19 20}

¹⁵ O enfoque justifica-se, outrossim, pela homogeneidade do tratamento conferido pela doutrina e jurisprudência à responsabilidade dos demais atos judiciais, que recaem no princípio geral da responsabilidade objetiva do Estado, art. 37, §6º, da CF. Nesse sentido, ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 790 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. Revista de Direito Administrativo – RDA, n. 198, p. 85-96, out./dez. 1994. p. 85.

¹⁶ Os atos judiciais na fase de execução que forem danosos empenham também a responsabilidade estatal e se relacionam mais intimamente com a atividade jurisdicional que os motivou, atividade esta que, caso seja defeituosa, poderá viciar ab initio o procedimento executório (ARAÚJO, op. cit., p. 795-796).

¹⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende, por exemplo, o tratamento diferenciado dos atos jurisdicionais no que toca à responsabilidade civil do Estado, daquele praticado relativamente aos atos administrativos (Op. cit., p. 86).

¹⁸ Muito embora outros autores indiquem mais argumentos, acredita-se que as três razões aqui apontadas são suficientes para dar cabo do delineamento das principais teses sobre a irresponsabilidade na forma como aponta Ruy Rosado de Aguiar Júnior em: A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 3, jul./ago. 2007.

¹⁹ Nesse sentido, veja-se jurisprudência firmada no STF: “o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos expressamente declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um privilégio da soberania” (RTJ nº 64/869, 13.10.1971). E, em decisão mais recente: “O pensamento dominante é de que, em se tratando de exercício de atos de soberania, a igual da responsabilidade do legislador, não poderia resultar responsabilidade de indenizar quem, súbito, sofresse prejuízos daí consequentes” (RTJ nº 94/423, 25.03.1980). Na doutrina, encontramos posições como a de Diogenes Gasparini (Direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 624).

A argumentação, hoje, não convence. A soberania é um atributo do Estado, de forma una, indivisível, inalienável, e não de determinado Poder. E, mais ainda, se o argumento fosse aceito, conduziria à irresponsabilidade total do Estado por seus atos, mesmo os emanados no exercício da função administrativa.²¹ A responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, portanto, longe de ser incompatível com a soberania, é a única forma de garanti-la no Estado de Direito, preservando sua legitimidade.²²

O segundo argumento ancora-se na *independência da magistratura*. A partir das garantias institucionais e funcionais da magistratura, a doutrina reclama uma independência irrestrita para o juiz, independência que seria abalada pela possibilidade de responsabilização do Estado-Juiz por implicar sorte de constrição da atividade jurisdicional.

É fato que o ordenamento jurídico confere determinadas garantias ao magistrado, como a inamovibilidade, a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos (art. 95, I, II, III, da CF) e, mesmo ao Judiciário, enquanto órgão. Quer-se, com isso, que em sua atuação, os juízes sejam inteiramente livres na formação de sua convicção, sem vinculação aos demais Poderes ou aos órgãos superiores do próprio Judiciário. Não deriva daí, entretanto, uma configuração de independência resguardada de qualquer limitação. No sistema constitucional brasileiro, competência implica responsabilidade. E a responsabilidade não pode ser tomada como medida capaz de afrontar a garantia da independência funcional do magistrado. A tese, portanto, não se sustenta. E não se sustenta, inclusive, diante de previsão contemplada em normativa constitucional. O Estado é responsável pelos danos praticados por seus agentes, diz a Constituição. De modo que eventual argumento derivado da independência funcional da magistratura, hoje, apenas guardaria sentido em relação à responsabilidade do agente e não do Estado.²³ Mas mesmo aqui, como veremos, deve ser afastada.

²⁰ Dessa posição deriva que o juiz não seria funcionário ou preposto do Estado e caso houvesse ilicitude, esta seria da responsabilidade exclusiva e pessoal do seu autor, nos termos da lei. Todavia, os juízes são agentes da pessoa jurídica de direito público a que se refere o art. 37 §6º da CF e o art. 43 do CC/02 e, ainda, ocupam cargo público, que só podem ser criados por lei (arts. 48, X e 96, II, b. da CF); portanto, são funcionários públicos, no sentido tradicional ou servidor público no sentido estrito.

²¹ Nesse sentido, DIPIETRO, op. cit., p. 86; ARAÚJO, op. cit., p. 814 e AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 3; FACHIN, Zulmar. Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 168-170 e ITURRASPE, Jorge Mosset. Responsabilidad por daños. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999. t. VII, p. 96-99. El erro judicial.

²² ITURRASPE, op. cit., p. 97.

²³ Confirmamos esse posicionamento DIPIETRO, op. cit., p. 89; ARAÚJO, op. cit., p. 792; AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 3 e FACHIN, op. cit., p. 178-182.

Por fim, há o argumento fundado no *risco de violação à coisa julgada*. Acredita-se que o reconhecimento da responsabilidade por ato jurisdicional implicaria ofensa ao instituto. Ora, a coisa julgada, como todos sabem, pode ser atacada por meio de ação rescisória (nas causas cíveis) e de revisão criminal.²⁴ Cumpre, ademais, admitir, para as sentenças inconstitucionais passadas em julgado, com o devido cuidado e na circunstância de impossibilidade do manejo da ação rescisória pelo transcurso do tempo ou por outro motivo, o ataque por meio de outros meios processuais, em particular, por intermédio de ação anulatória.²⁵ Uma vez rescindida ou revista a sentença passada em julgado, não subsiste nenhum impedimento à emergência de eventual responsabilização pelo dano decorrente do ato judicial. As divergências doutrinárias aparecem, entretanto, nos casos de coisa julgada insuscetível de rescisão (pelo transcurso do prazo da rescisória) ou anulação (por inocorrência de qualquer

²⁴ A Lei nº 11.232 de 2005 modificou a redação do art. 741 do CPC incluindo, em seu parágrafo único, nova hipótese de revisão da coisa julgada.

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

(...)

II – inexigibilidade do título;

(...)

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Posição firmada no STF diz que o dispositivo é válido apenas para declarações de constitucionalidade anteriores à sentença transitado em julgado. Nesse sentido ver: RE nº 594.350.

²⁵ Não é o caso aqui de enfrentar os possíveis mecanismos “atípicos” para relativização da decisão judicial já albergada pela coisa julgada. A escolha dos caminhos adequados é um problema menor quando comparado à aceitação (oportuna e necessária) da tese da “relativização da coisa julgada” ou da “coisa julgada inconstitucional”. Cumpre fazer referência, apenas, que na doutrina e na jurisprudência é possível encontrar suportes para essa prática. Fala-se, por exemplo, em (i) propositura de demanda idêntica à primeira, sem consideração da coisa julgada (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. In: NASCIMENTO, Carlos Valderdo. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002); (ii) resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008) e (iii) a alegação incidental em algum outro processo, inclusive em peças defensivas (THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. In: NASCIMENTO, Carlos Valderdo. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002).

Na jurisprudência, a tese da relativização da coisa julgada foi especialmente admitida em dois julgados do STJ: Recurso Especial nº 499.217 e Recurso Especial nº 554.402, ambos relatados pelo Ministro José Delgado. Já no STF, tudo se passa de outro modo. Até o presente momento, não se tem conhecimento de nenhum precedente que possa ser qualificado como adesão à tese da relativização da coisa julgada. Nesse sentido, ver: GUEDES, Demian. *Coisa julgada inconstitucional e teoria geral do direito*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010.

das hipóteses admitidas pela experiência jurídica), ou confirmada em sede de ação desconstitutiva. Neste caso, mantida a sentença passada em julgado, tem sentido a responsabilidade do Estado por dano decorrente de ato judicial? Não se tem aqui uma verdade legal que deve ser respeitada, ainda que contra todas as evidências?

A doutrina majoritária responderia negativamente à primeira e afirmativamente à última das questões acima. De modo que não se justificaria a responsabilidade enquanto o ato do qual decorre o dano estiver coberto pela coisa julgada. Isso porque cumpre garantir a (i) presunção de verdade da sentença passada em julgado, resguardando o valor da imutabilidade da decisão judicial e (ii) a segurança jurídica, inclusive para o efeito de salvaguarda da coerência entre as decisões estatais.²⁶ No primeiro caso, nega-se a responsabilização pelo fato de uma determinada decisão albergada pela coisa julgada não ser mais passível a mudança. No segundo caso, cumpre assegurar a não contradição entre as decisões estatais. Diante disso, mantida a decisão com trânsito em julgado, não há como admitir-se a responsabilidade do Estado. Uma vez admitida, isso significará um quadro de incoerência entre as decisões estatais, violador da segurança jurídica.

Há doutrina, não obstante, no sentido de que o argumento do risco de ofensa à coisa julgada compreende mal o tema da responsabilidade. Neste caso, a responsabilização do Estado envolve, sobretudo, a possibilidade de garantir indenização ao prejudicado por erro judiciário, podendo não atacar, necessariamente, o *status* jurídico da decisão.²⁷ Dessa forma, mesmo presente a coisa julgada, caso decorrido o prazo da rescisória, o direito à ação indenizatória fundado na responsabilidade civil estaria mantido.²⁸ Ou seja, a decisão continuaria a valer para as partes envolvidas. Todavia, o Estado seria chamado a responder pelo prejuízo que a decisão causou a uma das partes.²⁹ Sobre isso, voltaremos.

²⁶ Para uma leitura completa dos argumentos verificar DI PIETRO, op. cit., p. 86-88 e ITURRASPE, op. cit., p. 104-108.

²⁷ Em sentido idêntico: ARAÚJO, op. cit., 814-815 e FACHIN, op. cit., p. 106. Além do que, a coisa julgada faz referência apenas aos atos jurisdicionais em sentido estrito, não à totalidade dos atos que dão ensejo à decisão de mérito.

²⁸ ARAÚJO, op. cit., p. 814-815. Todavia, há aqueles que apenas aceitam a rejeição desse argumento levando em conta que o atributo da coisa julgada pode ser desfeito por ação rescisória ou revisional. Cf. AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 5.

²⁹ DI PIETRO, op. cit., p. 87. A autora lembra, ainda, que esse argumento da "presunção de verdade", ou verdade legal, tem muito mais sentido no sistema anglo-saxão, em que o precedente judicial tem força vinculante para os magistrados, constituindo uma das principais fontes do Direito.

2.2 Configuração da atividade jurisdicional danosa

As atividades jurisdicionais danosas que acarretam responsabilidade do Estado abrangem, como já afirmado, não apenas o ato jurisdicional típico, a sentença de mérito, compreendendo também os processuais praticados antes ou depois da sentença, no processo de conhecimento, no cautelar ou de execução, por ocasião do exercício de jurisdição contenciosa ou voluntária.

O tratamento normativo da responsabilidade do Estado nesse âmbito traz peculiaridades em relação ao princípio geral da responsabilidade objetiva, que se satisfaz com a existência de dano, uma vez demonstrado nexo de causalidade entre ele e a ação estatal. A particularidade justifica-se na medida em que a atuação judicial contenciosa implica a produção de necessário desconforto e, mesmo, de certa dose de prejuízo para qualquer pessoa compelida a experimentar, na condição de autora ou ré, mas não apenas nessas posições, o processo judicial. O Estado de Direito tem seu preço, e este é um preço que deve ser suportado por todos. O desconforto e o constrangimento normais não reclamam indenização. A indenização decorre de dano causado por ato judicial que resida em condição intolerável para qualquer cidadão. Essa é a razão pela qual a previsão do art. 37, §6º, reclama leitura adequada, que transite nos limites estabelecidos pelas hipóteses normativas e pelos elementos que caracterizam a responsabilidade por ato jurisdicional.

As hipóteses normativas previstas são o erro judiciário (art. 5º, LXXV da CF; art. 630, CPP) e a denegação de justiça (art. 133, CPC). Seus limites e interpretações ainda são disputados na doutrina brasileira. Discute-se, por exemplo, se a previsão do art. 37, §6º que demarca o caráter objetivo da responsabilidade estatal teria revogado a disciplina da responsabilização direta dos magistrados prevista na legislação ordinária e, também, até que ponto a qualificação de "erro judiciário" poderia abarcar situações não expressas na legislação, como as decisões cautelares de prisão preventiva e liminares cíveis em ações de medicamentos.

Os elementos que servem à delimitação do ato jurisdicional danoso ligam-se à sua qualidade: (i) perquirição sobre a condição de escusabilidade e o âmbito de aplicação; (ii) verificação da qualidade do ato processual referido (trata-se de sentença ou outro ato processual? Cível ou penal?). A responsabilidade do Estado depende, portanto, das características do ato implicado.

A primeira condição para a caracterização do ato como danoso e passível de indenização é o *esgotamento dos meios processuais* de revisão judicial. O

ato jurisdicional não pode ser mais passível de impugnação judicial (seja por meio de recurso ou de ação).^{30 31}

A segunda condição reside na configuração da *natureza e gravidade do erro*, pois delas dependerá a imputação da responsabilidade ao Estado e, mais ainda, a possibilidade deste pleitear ação regressiva contra o magistrado. Quanto à natureza, os atos danosos podem resultar de vícios como o dolo e a culpa, configurando erro do magistrado, ou de falha ou demora injustificável da máquina estatal implicando emergência de *falta do serviço*.

Nos casos de dolo, culpa ou desídia (tipo de culpa equiparada à negligência), o Estado responderá pelo dano, devendo acionar regressivamente o agente causador do prejuízo.³² Já nos casos de erro ou *falha do serviço*, porque anônima, arcará o Estado com o ressarcimento, sem possibilidade de regresso. O erro decorrente de negligência ou imprudência será caracterizado como culpa, sendo certo que, de outro lado, cumpre pressupor o dever legal (perícia) do juiz no tratamento do caso concreto com adequada solução nos termos do direito aplicável. Todavia, o erro induzido poderá ser tomado como excludente quando causado pela própria parte ou terceiro.³³

Portanto, além da prova do dano (intolerável, insuportável), exigido sempre o nexo de causalidade, a indenização decorrente de ato judicial requer o esgotamento dos meios processuais de impugnação contemplados na lei processual. Por outro lado, o Estado tem ação de regresso contra o agente que agiu com culpa ou dolo. A responsabilidade do Estado é objetiva (inclusive em virtude de atos omissivos quando a lei processual impõe o *dever de agir*), sendo certo que a do agente será subjetiva. Em relação à falta de serviço, em geral a doutrina dela cuida como hipótese de responsabilidade objetiva.³⁴ Embora os resultados no final possam ser análogos, calha nesta altura, em relação à matéria, a advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello.³⁵

³⁰ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 7.

³¹ A partir da jurisprudência argentina chega-se a conclusão que seriam três os requisitos a serem cumpridos para configuração do ato jurisdicional danoso: (i) esgotamento dos meios processuais de revisão judicial previstos no ordenamento, (ii) cumprimento da declaração de sua ilegitimidade e comprovação que não produz mais efeitos e (iii) caracterização da natureza e da gravidade do erro (CERDA, Luis. F. La responsabilidad del Estado – Juez: análisis jurisprudencial sobre su evolución. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 26-33).

³² AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 5 e ARAÚJO, op. cit., p. 806.

³³ ARAÚJO, op. cit., p. 806.

³⁴ Como exemplo, cite-se ARAÚJO, op. cit., p. 737, MOREIRA NETO, p. 657,

³⁵ Na forma como adverte o autor: “É mister acenar que a responsabilidade por “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures,

3 Atos jurisdicionais danosos

Na doutrina há disputa acerca do alcance das previsões normativas sobre responsabilidade derivada de ato jurisdicional. O desacordo aparece, sobretudo, diante da possibilidade de, transcendidas as hipóteses expressamente previstas pela lei, manifestação de outros casos autorizadores de responsabilização.

3.1 Hipóteses incontroversas

a) Erro penal

O ato jurisdicional danoso pode ser penal ou cível. Em relação ao erro penal, previsto no art. 5º, LXXV da CF³⁶ e no art. 630 do CPP,³⁷ a clareza da previsão normativa e a relevância da proteção do bem jurídico por ela tutelado tornam incontroverso o posicionamento doutrinário. Não é por outro motivo que a revisão pode ser aforada a qualquer tempo. Os valores atingidos por uma condenação injusta ou uma prisão indevida dizem respeito à própria pessoa, afetando-a em sua liberdade, integridade, honra, na vida profissional e familiar.³⁸

A hipótese está associada aos atos decisórios viciados dos quais derivem condenações injustas e também às falhas do serviço judiciário contaminantes do trabalho jurisdicional, podendo implicar, entre outras consequências, cumprimento de pena além do tempo devido.

b) Erro cível

Já no erro cível, os valores atingidos, em grande parte das situações, ostentam natureza patrimonial, sendo a prestação jurisdicional em geral,

às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva" (Curso de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1012).

³⁶ "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

³⁷ Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

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

§2º A indenização não será devida:

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

b) se a acusação houver sido meramente privada.

³⁸ DI PIETRO, op. cit., p. 92.

provocada pelas partes e não pela sociedade através, por exemplo, do Ministério Público. Todavia, tal circunstância não é capaz de afastar a incidência do especificado no art. 5º, LXXV e essa é a posição majoritária na doutrina. O erro judiciário civil, reconhecido pela sentença rescisória, poderá, portanto, em função das circunstâncias do caso, acarretar a responsabilidade do Poder Público, podendo ainda determinar (em caso de dolo ou culpa) a ação regressiva contra o magistrado causador do dano.³⁹

Cumprindo ao Estado indenizar o dano derivado de erro judiciário penal, deve ele também compor os prejuízos ocasionados no desempenho de atividade não penal.⁴⁰ Embora, aqui, a coisa julgada material possa dificultar a sua admissão, manifestando-se neste ponto desacordo doutrinário, ela só impediria a composição de dano provocado por decisão transitada em julgado, sendo aceita nas demais hipóteses. Ou seja, é indiscutível que as decisões de mérito ensejam, uma vez rescindidas, responsabilidade do Estado caso eivadas de vícios qualificados causadores de danos aos jurisdicionados.

c) Falha ou falta do serviço jurisdicional

Também é incontroversa a responsabilidade resultante de *falha ou falta no serviço* judiciário implicante de dano.⁴¹ Na hipótese, desloca-se o fundamento da responsabilidade do agente para o serviço: o mau funcionamento da justiça do qual decorra dano ao particular, independentemente do agir do magistrado, enseja ação indenizatória. É a *faute du service* circunstância que, dela decorrendo dano, autoriza a responsabilidade embora inexistente, a propósito, expressa previsão normativa.⁴² Neste ponto, a doutrina e a jurisprudência sobre a matéria no âmbito administrativo, com as cautelas devidas, podem ser transportadas para o serviço público de natureza jurisdicional.

³⁹ ARAÚJO, op. cit., p. 810-811. E continua o autor defendendo posição que não encontra acolhida majoritária: "(...) frente ao art. 37, §6º da Constituição Federal, entendemos que possa ocorrer hipótese na qual não tenha sido proposta ação rescisória (por motivo de prescrição, p. ex.) e que mesmo assim, determine a responsabilidade objetiva do Estado por ato jurisdicional".

⁴⁰ FACHIN, op. cit., p. 196.

⁴¹ ARAÚJO, op. cit., p. 811.

⁴² Veja-se o disposto no RE nº 505.393, julgado em 26.06.2007: "O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário stricto sensu, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça".

3.2 Hipóteses controversas

a) Responsabilidade pessoal do juiz

A lei desenha hipóteses de responsabilização pessoal do magistrado na prestação jurisdicional. É o caso do art. 954 e seu § único do Código Civil.⁴³ Diante da normativa, apenas a autoridade que ordenou a prisão ilegal seria obrigada a ressarcir o dano. Outra hipótese reside no art. 133 e seus incisos e § único do Código de Processo Civil,⁴⁴ que dispõe sobre a responsabilidade direta do juiz que agir de forma a causar dano. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional também, no art. 49, cuida do tema tratando exclusivamente da responsabilidade pessoal do juiz.

O desacordo doutrinário diz respeito à compatibilidade entre o disposto no direito infraconstitucional⁴⁵ e a disciplina normativa do art. 37, §6º, da Lei Fundamental, que trata da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, admitida a de seus agentes, em caso de regresso.

Ignorando a normativa constitucional há autores que defendem, na hipótese do art. 133 do CPC, a responsabilidade pessoal e exclusiva do magistrado.⁴⁶ Há, também, aqueles que, na situação, sustentam ter o prejudicado a alternativa de propor a ação indenizatória contra o Estado ou

⁴³ Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

I – o cárcere privado;

II – a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;

III – a prisão ilegal.

⁴⁴ Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

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

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

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

⁴⁵ Veja-se, também, que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC nº 35) dispõe sobre a responsabilidade civil pessoal dos magistrados:

Art. 49 Responderá por perdas e danos o magistrado, quando:

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

II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes.

Parágrafo único Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do Escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias.

⁴⁶ MOREIRANETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 660.

contra o próprio juiz.⁴⁷ Doutrina e jurisprudência vão, após a Constituição de 1988, se inclinando no sentido de que a responsabilidade dos agentes fica restrita ao âmbito da ação regressiva.⁴⁸ Mas há decisões admitindo, desde logo, o aforamento de ação contra o Estado e, simultaneamente, contra o agente.⁴⁹ O importante, nesta altura, é reafirmar a responsabilidade do Estado-Juiz decorrente da prestação jurisdicional. Diante disso, a legislação de regência (CC, CPC, CPP e LOMAN), deverá passar por um processo de *interpretação conforme* a Constituição, sendo certo que tudo aquilo que discrepe do comando constitucional será tomado por inconstitucional (tratando-se de disposição posterior à Constituição) ou revogado por incompatibilidade com disposição da Lei Fundamental (tratando-se de disposição legal anterior a ela). De sorte que, operadas as intervenções acima referidas no contexto de produção do discurso jurídico de aplicação, as situações referidas pelo legislador deverão de ser tomadas apenas como disciplinando a responsabilidade subjetiva do agente sem que isso implique exclusão da responsabilidade do Estado.

b) Indenização e decisão passada em julgado

O que está em questão aqui é a indenização por dano causado por sentença não mais suscetível de rescisão. O dissídio doutrinário diz respeito à necessidade ou desnecessidade de ser desfeita a coisa julgada antes do aforamento do pleito de indenização estatal.

Aceite-se que o esgotamento das vias recursais constitui pressuposto inafastável da responsabilização. Há doutrina, todavia, no sentido de que a condição não implica a impossibilidade, inexistindo circunstância de rescisão do ato jurisdicional, da recomposição dos danos. Ainda que decorrido o prazo para a ação rescisória seria admissível o aforamento de ação buscando

⁴⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos de. Manual de direito administrativo. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 526; JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 1226 e MELLO, op. cit., p. 1047.

⁴⁸ ARAÚJO, op. cit., p. 798. O posicionamento dominante do STF é o de não admitir ação diretamente endereçada ao agente público: RE nº 327.904-SP, Rel. Min. Carlos Britto, em 15.08.2006 e RE nº 344.133-PE, Rel. Min. Marco Aurélio, em 09.09.2008. E, em relação a dano causado por magistrado no exercício de atividade jurisdicional, a Suprema Corte já decidiu que a ação indenizatória deve ser ajuizada somente em face da respectiva pessoa de direito público, não se admitindo responsabilização concorrente, mas e apenas, eventual responsabilidade que se apure no âmbito do direito de regresso (RE nº 228.977-SP, Rel. Min. Néri da Silveira, em 14.04.2002).

⁴⁹ O STJ, por exemplo, já decidiu pela possibilidade de ação direta contra o agente causador do dano (REsp nº 731.746-SE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, em 04.05.2009) e, ainda no âmbito do STF, encontra-se decisão, hoje já superada, no sentido da alternatividade do polo passivo (RE nº 99.214, Rel. Min. Moreira Alves, em 22.03.1983).

o ressarcimento do prejuízo, sendo certo que a coisa julgada haverá de figurar apenas como óbice à revisão do ato jurisdicional, não impedindo a medida indenizatória.⁵⁰ Sustenta-se, no presente artigo, posição diversa. Em qualquer caso, havendo decisão passada em julgado, a indenização dependerá da superação do óbice da coisa julgada.⁵¹ Neste caso, cumpre lembrar que a rescisória, nas ações cíveis, substancia o modo adequado de revisão de decisões judiciais de mérito passadas em julgado. Ultrapassado o prazo para a ação de rescisão, a doutrina e a jurisprudência, em casos especiais, vão admitindo outros meios de impugnação.⁵² Sem a rescisão (por meio de rescisória ou outro meio excepcionalmente admitido, em particular nas sentenças inconstitucionais transitadas em julgado) nos casos cíveis ou a revisão nos casos penais, não emerge dever de indenizar dano causado por sentença de mérito passada em julgado. Há situações, entretanto, envolvendo dano (patrimonial ou moral) causado por ato anterior ou posterior à sentença, praticado pelo juiz ou por seu auxiliar, que autorizam indenização prescindindo, porque não hostilizam a sentença, do ataque à coisa julgada. Mas mesmo aqui, a indenização somente ocorrerá uma vez esgotados, sem êxito, os recursos admitidos pela lei processual.

c) Morosidade judicial

A responsabilidade do Estado em virtude de morosidade judicial encontra sustentação no direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII).⁵³ Diante do novo direito fundamental, a *falta ou falha do serviço* que configure lentidão inescusável da atividade judiciária e que cause dano ao particular pode acarretar responsabilidade do Estado-Juiz.

⁵⁰ Essa é a posição de ARAÚJO, op. cit., p. 811 e FACHIN, op. cit., p. 201.

⁵¹ Damesa forma como defende Ruy Rosado de Aguiar Júnior: "(...) dentro do nosso sistema constitucional, é irrecusável ser a coisa julgada obstáculo ao surgimento de um direito de indenização contra o Estado enquanto subsistir sentença transitada em julgado. De um ponto de vista meramente processual, poder-se-ia dizer inexistente o impedimento, uma vez que a ação indenizatória não contém os mesmos elementos da ação onde foi proferida a sentença causadora do dano injusto, sendo diferentes as partes, o pedido e a causa de pedir. É preciso reconhecer, porém, que o ordenamento jurídico não pode conviver com a inconciliável oposição entre duas sentenças antagônicas e igualmente eficazes (...). Pela natureza da coisa, e por uma exigência de lógica, tal antagonismo deve ser evitado" (Op. cit., p. 4-5).

⁵² É o caso já referido da "coisa julgada inconstitucional" (ver nota 27). Destaque-se, sobretudo, que no âmbito da responsabilidade patrimonial do Estado o pleito indenizatório apenas será justificado caso a revisão do ato jurisdicional ainda seja possível por meios jurídicos. Ou seja, descabe aqui falar em ação de indenização ulterior ao perfazimento da coisa julgada.

⁵³ "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Texto incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

No caso, o atraso deve substanciar uma “dilação indevida”, ou seja, haverá de resultar da inobservância na tramitação do feito nos prazos estabelecidos, mas também de injustificada prolongação de “tempos mortos” que separam um ato processual de outro, sem submissão de prazo fixo determinado.⁵⁴ Exemplo característico são as dilações indevidas em processos penais relativas às prisões preventivas.⁵⁵

A doutrina tem discutido se a responsabilidade por dano na seara penal compreende, também, aquele decorrente de decretação de prisão preventiva de réu ou acusado que, ao final do processo, é reconhecido como inocente em sentença absolutória. A posição majoritária é no sentido de que, sendo ilegal o decreto de prisão preventiva, manifestar-se-ia a responsabilidade civil. De outro lado, sendo legal a decretação, a indenização seria aceitável apenas na circunstância de absolvição do réu com fundamento em categórica negativa da existência do fato ou da autoria, ou diante do reconhecimento da licitude do comportamento.⁵⁶

Além da questão da morosidade, do atraso judicial despido de razoabilidade e, por isso, inescusável, discute-se também a possibilidade da reparação quando os erros são anteriores à sentença definitiva e não mais superáveis.⁵⁷ Está-se a referir à prestação jurisdicional deficiente causadora de prejuízo ao particular que, pelo decurso do tempo, torna determinada situação irreversível.

Esse é o caso do indeferimento de liminar concessiva de medicamentos, manifestando-se, depois, já tarde demais, sentença final de provimento. É o caso, também, de decisão denegatória de cautelar com fundamentação deficiente ou inexistente, ou concessiva com sustentação em razões viciadas. Ambas podem ocasionar graves danos ao particular e constituir situações irreversíveis.

Nesta altura cabe uma advertência. Os casos não expressamente previstos na lei, para prevenir abusos, satisfeitas as operações de ablação (em virtude da) e de concordância com a Constituição (interpretação conforme), reclamam do jurista redobrada cautela. A atividade jurisdicional tem um preço a ser pago e esse preço, significando muitas vezes desconforto e constrangimento,

⁵⁴ Nesse sentido, ver detalhamento proposto por Martín Basualdo (Op. cit., p. 133-137).

⁵⁵ BASULADO, op. cit., p. 141-152.

⁵⁶ AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 6, MOREIRA NETO, op. cit., p. 660, ARAÚJO, op. cit., p. 805-806.

⁵⁷ ITURRASPE, op. cit., p. 72.

desde que tolerável e, ademais, suportado por todos em condições igualitárias, sem ônus excessivo para ninguém, é condição para a realização do Estado de Direito. Mais do que isso, do Estado Democrático de Direito. Então, o risco inevitável da prestação jurisdicional, compreendido nos termos acima referidos, não pode ser tomado como “causa de indenização”.

4 Conclusão

O Estado responde pelos danos decorrentes do exercício da função jurisdicional nos termos dos arts. 5, LXXV e 37, §6º da Lei Fundamental. O regime constitucional do Poder Judiciário no Brasil não é compatível com a simples responsabilidade do juiz nos casos e condições previstos em lei. Ao contrário, a lei, naquilo que não for inconstitucional ou não tiver sido revogado, deve ser compatibilizada com a Constituição (*interpretação conforme*). Deve o Estado, portanto, indenizar o particular pelos prejuízos causados por ato jurisdicional, ressalvada a responsabilidade subjetiva do magistrado que será apurada em ação de regresso nos termos da disciplina legal e nos casos em que ela se impõe.

Pretendem alguns que o Estado-Juiz, protegido por uma sorte de imunidade, não responde pelos danos causados com o exercício da função jurisdicional. Responderia, sim, o juiz, apenas ele, nos casos expressamente definidos em lei uma vez apurada a responsabilidade subjetiva. O entendimento contrasta com a Constituição Federal. O Estado, ocorrendo dano indenizável, comprovado o nexo de causalidade, responde pelos seus atos provenientes de não importa qual função. Todos residem no mesmo território republicano. Onde há poder, deve haver responsabilidade. Então, para utilizar a expressão do poeta, estão *dentro* e não fora. Não há imunidade. Ferreira Gullar, numa poesia intitulada *Fora*, publicada na antologia *Em alguma parte alguma* (Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2010) proclama: “Estamos dentro de um dentro/ que não tem fora/ E não tem fora porque/ o dentro é tudo o que há/ E por ser tudo/ é o todo;/ tem tudo dentro de si/ Até mesmo o fora se,/ por hipótese,/ se admitisse existir”. Levada a afirmação do poeta para o sítio da responsabilização do Estado-Juiz no contexto da nova Constituição, cumpre admitir que dela não se pode fugir!

State Liability for Jurisdictional Acts

Abstract: This paper approaches the subject of the State's civil liability for jurisdictional acts, defining its groundings and limits. The theme demands renewed debate due the necessity to balance the reinforcement of judicial activity for the guardianship of fundamental rights and the effectiveness of constitutional promises, on the one hand, and the citizen's guarantees, on the other hand. Through these groundings, the liability is addressed from its constitutional provisions, and thus able to rebut arguments against the State liability and, concurrently, to determine the limits of its depiction, according to the republican requirements.

Key words: Civil liability of the state. Jurisdictional acts. Judicial acts.

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, jul./ago. 2007.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BASULADO, Martín Galli. *Responsabilidad del Estado por su actividad judicial*. Buenos Aires, Hummurabi, 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos de. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CERDA, Luis. F. *La responsabilidad del Estado – Juez: análisis jurisprudencial sobre su evolución*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2011.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e controle. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional e de teoria do direito*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *RDA*, out./dez. 1994.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- GUEDES, Demian. Coisa julgada inconstitucional e teoria geral do direito. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999. t. VII. El erro judicial.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORALES, Jairo López. *Responsabilidad del Estado por Error Judicial*. 2. ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da; WANG, Daniel Wei Liang. *Quem sou eu para discordar de um ministro do STF?: o ensino do direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideais*. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 95-118, jan./jun. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 107-125, jan./mar. 2012.

Recebido em: 15.10.12

Aprovado em: 15.03.12