REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

ABRIL/JUNHO 1993 • BRASÍLIA • ANO 30 • Nº 118

SENADO FEDERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

Da Responsabilidade do Estado por Atos de Juiz em Face da Constituição de 1988

Prof. A. B. COTRIM NETO
Da UFRJ e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas

"Caminhamos a passos largos para a responsabilidade do Estado pelo mau funcionamento do Judiciário. Já em 1983 a Professora Ada Pellegrini Grinover mostrava a tendência de aplicar-se o dispositivo do art. 107 da CF então vigente, também, à função jurisdicional. Não mais se compreende que o Estado moderno não responda pelo mau funcionamento do Poder Judiciário, qualquer que seja o agente da conduta lesiva" (do Pres. do IAB, Adv.º Roberto Haddock Lobo, na inauguração do Simpósio sobre "O Poder Judiciário e a Administração da Justiça", em 5-9-91, no Rio de Janeiro).

SUMÁRIO

1. Cominações de juiz, nos Códigos de Hamurabi e dos Decênviros. 2. Ressarcimento de prejuízos por juiz, em Roma. 3. Penalização de juiz faltoso, na Itália. 4. Idem, *no Brasil. 5. Indefinição da Responsabilidade Civil do Estado, no século XVIII. 6. Em França constrói-se a Teoria da Responsabilidade Civil do Estado. 7. Na Alemanha se desenvolve a Teoria da Responsabilidade sem Culpa, no Direito Público 8. A jurisprudência do STF, do Brasil, segundo CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, "no sentido de que o Estado não é civilmente*

responsável pelos atos dos juízes". 9. Características dos atos administrativos e dos atos jurisdicionais de juiz (COUTURE e BIELSA). 10. Erros e faltas que juiz comete. 11. Só tem sido universalmente inquestionada a Responsabilidade do Estado pelo erro judiciário em matéria criminal. 12. Um "leading case", *do STF, pertinente à Irresponsabilidade do Estado por atos de juiz. 13. Todos os* agentes *dos Poderes do Estado — não só os do Judiciário — são órgãos da Soberania interna. 14. Colocação do tema da Responsabilidade do Estado em face da Constituição de 1988. 15. Administração Pública envolve Administração da Justiça. 16. Em qualquer área jurídica o erro judiciário enseja a Responsabilidade do Estado, pela nossa Constituição de 1988. 17. A prisca jurisprudência do STF persiste, mesmo no caso de atos administrativos de juiz. 18. O tema presente, como posto nas Constituições da Itália e da Alemanha. 19. Conclusão: tendência universal pela responsabilização do Estado,* "responsabilidade civil" *no campo do civilismo, e* "responsabilidade de Direito Público".

1. Há perto de 4.000 anos e no primeiro sistema judiciário em que a Administração da Justiça foi organizada na forma da lei e à margem da Justiça Sacerdotal, a corrupção de Juiz fora prevista e punida, conquanto que apenas em termos de sanção monetária e disciplinar: "Se um juiz julgou uma causa, proferiu uma sentença e mandou exarar documento selado e depois alterou seu julgamento, comprovarão contra esse juiz a alteração do julgamento feito, e ele pagará até doze vezes a quantia que estava em questão no processo; além disso, fá-lo-ão levantar-se de sua curul de juiz na Assembléia dos Juízes e não tornará a sentar-se com os juízes em um processo". — Assim é como foi estabelecido no art. 5.º, seção I, do Código de Hamurabi, consoante o articulado que lhe atribuiu SCHELL e a tradução do sumeriólogo brasileiro E. BOUZON, em publicação da Editora Vozes, de Petrópolis.

Entretanto, o preceito do Código não encerrava enunciado desprovido de eficácia, pois, e agora o informe é do Prof. ÉDOUARD CUQ, "Para garantir as partes contra a má-fé de juiz que alterasse sua sentença, os julgamentos eram proferidos em presença de testemunhas, cujos nomes figuram ao lado daqueles dos juízes, nos processos", desde que inexistiam elementos materiais certificadores dos termos dos atos sentenciais, além das frágeis peças de barro cozido onde lavrados eram eles, donde se impunha o recurso da memória testificadora [1].

Já os romanos, desde o dealbar de uma civilização que se caracterizaria pela energia de seus procedimentos sociais e mesmo de suas com-

1 Em *Etudes sur le Droit Babylonien*, ed. Paul Geuthuer, 1929, p. 385.

petições políticas intestinas, na tutela penal do que hoje se identifica como o processo civil, foram do rigor que FRANCESCO CARNELUTTI desta forma apresentou e até louvou: "A pena capital que as doze tábuas cominavam contra o *iudex qui ob rem dicendam pecuniam accepise erit,* não parece, em absoluto, medida excessivamente cruel; eu me atrevo a dizer que, ainda se tenha em conta o espírito dos tempos, essa antiga energia responde melhor às inelutáveis exigências sociais do que a débil repressão do Código Penal vigente" [2].

Efetivamente, consoante o art. 3.º da Tábua Nona do Código dos Decênviros — segundo reconstituição do alemão GOTROFREDUS, apresentado por SILVIO MEIRA em seu estudo sobre "A Lei das Doze Tábuas" [3] — "Se um juiz ou um árbitro indicado pelo magistrado recebeu dinheiro para julgar a favor de uma das partes em prejuízo de outrem, que seja morto" *(Si judex: arbiterve jure datus, ob rem dicendam pecuniam accepsit capital esto).* Contudo, essa trágica sanção seria atenuada no correr dos séculos, como observou PAUL FRÉDÉRIC GIRARD, em face de GAIO e JUSTINIANO: o procedimento do juiz responsabilizado por má sentença, por negligência ou má-fé ou que por qualquer modo tivesse faltado ao seu dever, seria objeto de Ação Pretoriana *in bonum et aequum concepta,* e condenado à composição do prejuízo causado, na sua exata medida [4].

2. Ocorria portanto que nessa espécie de penalização imposta ao juiz apanhado em grave falta funcional, quando em Roma se lhe impôs o ressarcimento de prejuízo a benefício do prejudicado, isto ficaria sempre dependente da capacidade econômica do condenado. Mas o delegante da autoridade judiciária — o *Imperator,* em cujo nome então se administrava a Justiça —, este ficaria à margem, mesmo em razão do fato de que nenhuma ação de seus súditos poderia alcançá-lo.

E isso perduraria por mais de milênio, pois somente pelo findar do século XVIII da nossa era a cultura ocidental iniciaria o desvinculamento da idéia do Estado da pessoa física do Soberano.

3. Ainda a propósito de cominações que pesam sobre juízes corruptos — e agora falando do que contemporaneamente ocorre em seu país —, o reverenciado mestre milanês que foi CARNELUTTI, a modo crítico, co-

---

2 In *Sistema de Derecho Procesal Civil,* vol. II, da Ed. UTEHA, na trad. espanhola de ZAMORA Y CASTILLO e MELENDO, 1944, pág. 381.

3 *A Lei das Doze Tábuas,* 3ª ed. For., 1972.

4 P. F. Girard, em *Manuel Elémentaire de Droit Romain,* 16ª ed. ROUSSEAU, Paris, 1928, pág. 649.

menta a fragilidade das sanções do juiz alcançado em falta grave, visto que na Itália elas não se acham previstas, de modo expresso, na Lei Penal, e acrescentou: "Por isso, a violação da obrigação judicial por parte dos oficiais judiciais (pela nomenclatura italiana inclui o juiz, segundo o autor em cita) constitui violação de obrigação genérica do funcionário público e, sob esse aspecto, o delito *contra a administração de justiça* se acha implícito na figura mais ampla do delito *contra a administração pública:* assim, o ato do juiz que não quer prover sobre a petição das partes está previsto com o nome de *omissão* ou *denegação de atos de ofício,* pelo art. 328 do Código Penal, que não castiga somente o juiz ou, em geral, o oficial do processo, senão a qualquer *funcionário público ou... encarregado de serviço público que indevidamente denegue, omita ou retarde um ato de ofício ou do serviço"* [5].

4. Esse debuxo de CARNELUTTI sobre o que acontece na Itália, até com as mesmas palavras, pode ser dito do verificado no Brasil, onde só em data mais recente a Lei Orgânica da Magistratura Nacional passou a estabelecer cominações específicas para o juiz faltoso, contudo simplesmente no que diz respeito às sanções disciplinares: quanto às de natureza tipicamente penais entre nós ainda prevalece o Código Penal, em seu Título XI, que trata dos crimes contra a Administração Pública e, outro tanto, genericamente, dos crimes contra esta praticados por funcionários e, por extensão, a juízes.

5. A revolução cultural que se desencadeou na Europa, pela segunda metade do século XVIII, inicialmente, e com imediato reflexo nas colônias britânicas da América do Norte, induziria subseqüentemente — e nos primeiros quartéis da centúria seguinte —, à idealização da personalidade jurídica do Estado e do Estado de Direito, ambos um fecundo produto da contribuição germânica para as instituições do Ocidente [6].

Foi a partir desses eventos que se passou a cogitar de estender ao Estado a solidariedade na composição dos danos que seus servidores, procedendo como tais, causassem a terceiros. Todavia, do mesmo modo que não fora fácil reconhecer no campo das relações civis a imposição do dever de indenizar injusto dano, a reparação civil sucedendo à satis-

---

5 FRANCESCO CARNELUTTI, em *Sistema de Derecho Procesal Civil,* obra e vol. cits., págs. 481/482.

6 Na *Jurídica,* 123/186, de 1973, em número especial e bilíngüe, dedicado ao estudo da influência germânica no direito brasileiro destacamos ter sido o desenvolvimento da "fiskus Theorie", nos fins do século XVIII, a gênese da personalidade jurídica do Estado e, num segundo momento da construção da teoria do Estado de Direito, obra de autores alemães, principalmente ALBRECHT, von MOHL, GNEIST e BAHR.

fação pela vingança ou a retribuição do mal por mal equivalente, da Lei das XII Tábuas — o que só se verificaria em Roma séculos mais tarde, com a *Lex Aquilia* e ulteriormente o *Digesto*, assim mesmo de modo implícito *(Nemo damnum facit nisi qui id fecit quod facere jus non habet)* —, muito custaria a teorização de uma responsabilidade do Estado, inicialmente no plano civil e finalmente no próprio campo do Direito Público. É que, não obstante se houver desintegrado a personalidade política do Estado da personalidade natural do Príncipe com todo o seu elenco de imunidades, persistiria em prol do primeiro o ancião dogma segundo o qual *The King can do no wrong*...

Por isso, embora reconhecido o Estado como pessoa jurídica na forma da legislação civil, ficou indefinido: 1.º — estará o Estado sujeito, como qualquer pessoa física ou jurídica, às regras do Direito Privado, e obrigado, como essas, a responder perante as jurisdições ordinárias? 2.º — deve ser ele considerado fora do alcance do Direito Privado, pela sua qualidade essencial de Poder Público, não obstante a prática quotidiana de atos e fatos que por sua natureza e fins caem sob a sanção irrecusável desse Direito?

6. Entretanto, antes mesmo que na Alemanha se houvesse elaborado a teoria da personalidade jurídica do Estado e do Estado de Direito, na França dos tumultuosos anos iniciais da Revolução Francesa foi onde cuidou-se do problema da indenização dos cidadãos pelos danos que tivessem sofrido, a título de responsabilidade do Estado.

Num longuíssimo capítulo de seu precioso *Droit Administratif* [7], dedicado ao estudo de "A Responsabilidade da Administração e de seus Agentes", GEORGES VEDEL inicia-o com "Aperçu Historique" do tema, salientando que *três traços* caracterizam a história dessa matéria: o alargamento mais ou menos constante da responsabilidade do Poder Público; o aperfeiçoamento técnico da teoria das relações entre a Administração, seus agentes e as vítimas de danos; a delimitação da responsabilidade administrativa como teoria autônoma.

Salientando que, inicialmente, a idéia de imposição do dever de o Poder Público responder por danos causados pela sua ação ou a ele imputados, encontrou resistência uma vez que se chocava com o princípio segundo o qual, sendo o Estado ente soberano, não seria admissível pudesse produzir mal; e que, destarte, tal princípio só seria clidido quando a reparação de prejuízos fosse estabelecida em *leis formais*, como as editadas em 1800 e em anos imediatamente anteriores, a propósito de danos resultantes de trabalhos públicos ou de agitações populares; não obstante,

7 Na 6ª ed. de *Presses Universitaires de France*, 1976, págs. 325/435.

continua VEDEL, por mais numerosos que tenham sido esses textos especiais, caberia à jurisprudência elaborar uma teoria da "responsabilidade administrativa de direito comum", estabelecendo as regras aplicáveis à margem de qualquer norma legal. Assim ocorreu a partir do famoso *Arrêt Blanco*, emitido em 1873 pelo Tribunal de Conflitos, o qual, por sua natureza e repercussão, entrou na história do direito como importante marco da construção teórica do Direito Administrativo, do mesmo modo que da elaboração da Teoria da Responsabilidade Civil do Estado sem recurso aos preceitos do Código Civil.

O que ocorreria, daí por diante, em França, retratar-se-ia bem no destacado por JOSAPHAT MARINHO, quando — comentando observações de DUGUIT a propósito das transformações do Direito Público em seu país, numa obra de 1913 —, concluía ser, mesmo então, tendência dominante obrigar o Estado ao pagamento de indenização em face de danos causados por funcionários, apesar da controvérsia aberta entre a teoria da *culpa* e a do *risco administrativo*, prevalecendo, todavia, a segunda [8].

7. Conforme salientamos, se foi em França onde se iniciou o movimento jurídico que induziria à responsabilidade do Estado pelos prejuízos que sua ação causasse à cidadania, e responsabilidade colocada no quadro do civilismo, seria na Alemanha onde se desenvolveria e implantaria de modo mais formal a *teoria da responsabilidade sem culpa*, uma doutrina do Direito Público. Em obra que se tornou clássica para estudo do Direito Administrativo, o Prof. ERNEST FORSTHOFF, de Heidelberg, nos apresenta a evolução desse tema em seu país, desde os tempos iniciais em que, na segunda metade do século anterior, o movimento de responsabilização do Estado se inspirava na escola francesa.

De fato, foi nos Estados alemães e, em seguida, no Estado Federal, no *Reich*, onde se afirmou — e mediante leis especiais — a "direta, primária responsabilidade do Estado pela postergação dos deveres funcionais por parte dos funcionários": na Prússia isso se afirmaria pela Lei de 1.° de agosto de 1909, e no *Reich* pela Lei de 22 de maio de 1910.

Houve, em seguida, a I Guerra Mundial, e a proclamação da República e se fez a Constituição Federal de 1919, em Weimar, cujo art. 131 estabeleceu que o Estado ou a entidade personalizada a ele vinculada *(Körperschaft)* seriam *fundamentalmente responsabilizados* pelos atos de seus funcionários que, no exercício de Poder Público, causassem prejuízos

8 Em "Responsabilidade Civil do Estado e Revisão do Direito Brasileiro", na *Notícia do Direito Brasileiro — 1975/1976*, publicação dos docentes da Universidade de Brasília, editor Roberto Rosas, 1976.

a terceiros, com práticas infringentes do dever funcional [9]. Comenta FORSTHOFF que embora, em sua parte final, esse art. 131 da Constituição de Weimar tivesse condicionado a aplicação da norma a uma legislação ordinária que a tornasse eficiente ("Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob"), a jurisprudência deu-lhe imediata aplicação, e de tal forma seus preceitos foram integrados no direito alemão que viriam a ser repristinados no pós-guerra de 1939/1945, com o art. 34 da "Lei Fundamental" de 1949, que com poucas alterações de redação o reproduziria [10].

Assinala, por demais, FORSTHOFF que a doutrina construída em seus país, no sentido de alargar o campo da responsabilidade do Estado por atos ou fatos de seus agentes, teve inspiração no princípio da eqüidade imposta na distribuição dos encargos do Estado, enquanto na França ela se estabelecera a partir da idéia de que, restringindo-se a responsabilidade estatal, se estaria proporcionando a este um enriquecimento ilícito. Evidentemente isso não procede, havendo resultado de um equívoco do mestre de Heidelberg, eis que também o pensamento jurídico francês tem proclamado a necessidade de eqüitativa distribuição, pela coletividade administrada, dos encargos do Estado, numa construção inspirada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução de 1789, segundo a qual todos os cidadãos nascem e vivem com igualdade de direitos.

Como quer que seja, é inquestionável — e isso todos os estudiosos dessa matéria tal assinalam — que universalmente se tem instituído e ampliado o princípio da responsabilidade do Estado pelos prejuízos que os procedimentos de seus servidores, de seus agentes, de quantos agem em seu nome na realização dos seus fins sociais: aqui é pertinente lembrar, como também o fez FORSTHOFF, a clássica definição de Administração Pública feita a quase cem anos pelo egrégio patriarca do Direito Administrativo germânico, OTTO MAYER, segundo o qual "Die Tätigkeit des Staates für seine Zwecke ist von Natur öffentliche Verwaltung" [11].

---

9 *Apud* FORSTHOFF, em *Lehrbuch des Verwaltungs-Rechts*, 9ª ed. C.H. Beck'sche, Berlim, 1966, págs. 293 e segs.

10 Esta é a redação do mencionado art. 34 da "Grund Gesetz": "Se alguém viola dever funcional que o obriga em face de terceiro, quando no exercício de cargo público que lhe está confiado, a responsabilidade recai fundamentalmente sobre o Estado ou a Corporação em cujo serviço se encontra. No caso de dolo ou negligência grave é reservado o direito de regresso. Na ação de indenização e na ação regressiva não se exclui a via de direito ordinária."

11 "A Administração Pública é, por sua natureza, a atividade do Estado na realização dos seus fins" — evidentemente um conceito amplo e a nosso ver preciso, do que seja a Administração Pública, genericamente considerada (em *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3ª ed. Duncker & Humblot, Munique, 1924, pág. 2).

E nesse espírito foi que, desde 1946, as Constituições do Brasil, e mais enfaticamente a vigente Carta Federal de 1988, têm consignado a *responsabilidade fundamental, primária do Estado* pelos procedimentos de seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem danos a terceiros.

Entretanto, tem sido sempre questionado: os atos dos juízes, igualmente, serão de possível colocação nesse quadro de responsabilidade do Estado?

8. De fato, não constitui novidade ou discussão muito recente — entre nós nem alhures — o que diz respeito à responsabilidade do Estado por atos, ou fatos de juiz: em trabalho publicado na *Revista de Informação Legislativa,* do Senado Federal, o Prof. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, apreciando a "responsabilidade civil do Estado", nele reservou um capítulo para "a responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional", onde destaca, sobretudo, a colocação do debate na jurisprudência indígena [12]. Abrindo esse capítulo, n.º 9, registra CARLOS MÁRIO que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Brasil, sustenta não ser o Estado civilmente responsável pelos atos dos juízes, exceto nos casos expressamente declarados em lei, "por isso que o ato jurisdicional é emanação da soberania nacional"; e acrescentou: "Destarte, se o juiz demora a decidir uma causa, responde ele, civilmente, pessoalmente, na hipótese de dolo ou fraude, ou ainda quando, sem justo motivo, recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte (CPC, art. 133; Lei Complementar n.º 35, de 1979, art. 49). Em tema criminal, prevalece o art. 630 do Código de Processo Penal, que prevê responsabilidade civil do Estado em virtude de erro judiciário, responsabilidade civil que surge com a revisão criminal que reconhece o referido erro".

Dois pontos merecem destaques nesse comentário do escritor: 1.º, nos termos do direito legislativo nacional o juiz não pratica apenas atos jurisdicionais, porque no exercício de seu cargo muitas vezes pratica atos administrativos, ademais de atos jurisdicionais; 2.º, o estudo é de data que precede a Constituição Federal de 1988.

Com relação ao primeiro ponto, há de se registrar que em muitos casos o juiz brasileiro exerce inumeráveis atribuições que nada têm de jurisdicionais no sentido estrito (*ad exemplum,* e principalmente, em juizados de sucessões, de registros públicos e de menores); com pertinência ao segundo, a Carta Federal recentemente posta em vigor deu ao tema da responsabilidade civil do Estado uma prescrição normativa diferente

---

12 Ed. do ano 24, nº 96, de 1987, págs. 233/252.

da consignada na CF de 1967 e na EC n.º 1/69, sobre a qual se formou a parte mais importante da jurisprudência mencionada.

Apreciemos o pertinente a esses tópicos.

9. Elementarmente, considera-se que a função de juiz reside no desempenho da atividade de julgar, de resolver conflitos: *função jurisdicional*, portanto, como a definiu COUTURE, é a atividade pública realizada por órgãos competentes nacionais ou internacionais, com as formas requeridas pela lei, em virtude da qual, por ato de juízo, aplica-se a ordem jurídica estabelecida, para dirimir conflitos e controvérsias, mediante decisões suscetíveis de adquirir autoridade de coisa julgada, eventualmente factíveis de execução [13]. Tal função materializa-se em *ato jurisdicional*.

Por sua etimologia, "jurisdição" deriva do latim *jurisdictio onis:* trata-se de regressão culta à forma primitiva, onde a palavra correspondia ao sentido da ação de dizer ou de indicar o direito, um *nomen actionis* formado pela locução verbal *jus dicere*, indicar o direito que aparece noutras etimologias, como *judex*, juiz, ou, literalmente, o que indica o direito, um *nomen actoris*, o adjetivo *juridicus*, e o substantivo *judicium*. Segundo ainda COUTURE, foi na Idade Média que se agregou à acepção primitiva de *jurisdictio* a função de atribuir justiça, de ofício de juiz, com que o vocábulo se difundiu mercê, principalmente, do Direito Canônico.

Todavia, modernamente existe uma grande corrente jurídica que estende a aplicação do vocábulo aos atos de autoridades não judiciárias, que têm o encargo de dirimir pleitos. Esta é a posição de RAFAEL BIELSA, que na área do Direito Público pontificou até recentemente, na plêiade admirável dos maiores publicistas americanos, com o seu conterrâneo MIGUEL MARIENHOFF e os brasileiros THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI e HELY LOPES MEIRELLES.

Para BIELSA, entre o *ato administrativo* e o *ato jurisdicional* existe diferença substancial ou material, ainda que ambos sejam geradores e criadores de direitos. O ato administrativo que atribui um emprego ou o que outorga personalidade jurídica a uma sociedade, o que defere uma concessão ou autorização, não tem por objeto declarar um direito questionado ou ferido, mas o de prover uma função meramente administrativa. Pelo contrário, com o ato jurisdicional o órgão do Estado que o realiza — seja um Tribunal contencioso-administrativo, seja uma autoridade administrativa com potestade jurisdicional —, o que precisamente se propõe é decidir se um direito foi violado e como seu titular terá atendido

13 EDUARDO J. COUTURE, em *Vocabulário Jurídico*, ed. Depalma, B.A., 1976.

seu pedido. Se determinado ato administrativo tem por único objetivo a declaração de que um direito foi violado e ordena sua reparação, trata-se, então, de um ato administrativo jurisdicional[14]. É certo que, pelo menos em nosso sistema jurídico, de ato administrativo não pode resultar coisa julgada, contudo, já se consagrou no regime jurídico nacional a figura de *preclusão*, que cristaliza certas decisões administrativas tornando-as irrevisíveis no plano administrativo, o que não deixa de ser uma forma branda de coisa julgada.

De qualquer modo, o que importa considerar é a efetiva distinção entre o ato administrativo ordinário, que muitas vezes o juiz brasileiro pratica, como um *plus* na sua atividade regular, e o ato propriamente jurisdicional, que tem seus lindes e características definidos nas leis judiciárias.

10. Com a eminente autoridade de que o Estado proveu o juiz, muitos danos, até involuntariamente, pode este causar aos seus jurisdicionados, principalmente pelas fraquezas e insuficiências inerentes à sua condição humana. Em certo caso, onde, na qualidade de advogado, impetramos ação de segurança para elidir a imposição do encargo de despesas pelos atos que haviam de se repetir processualmente e por força da reforma que instância recursal decretara sobre *sentença errada* que um juiz emitira, sustentamos o inadequado da cominação contida na Lei Processual Civil porque o juiz nunca erra "sem justo motivo".

Nessa oportunidade proclamávamos, apoiando-nos em EDGAR MORIN, com os suprimentos de seu festejado magistério sociológico: "O erro é do animal, antes que do ser humano. Mas aos erros de percepção, de representação, computação, que nós podemos fazer, como todos os animais, acrescentam-se fontes de erro propriamente humanas, que dependem do fato de não nos ser possível passar sem idéias para traduzirmos a realidade: nós temos necessidade, para alcançar o concreto, de passar pela abstração da idéia. Mas a idéia, que nos comunica com a realidade, é, ao mesmo tempo, o que nos impede de nos comunicarmos com esta. Como precedentemente demonstrei, a palavra, a idéia, a ideologia, a teoria podem ser fontes de erro, pior, de delírio"[15]. E, a propósito, desenvolvemos: "Na conformidade do art. 29 do CPC, o juiz que, sem justo motivo, houver dado causa do adiamento ou à repetição de atos terá a seu cargo as despesas desses atos a repetir. Temos por óbvio que, na incidência da cominação deste preceito, não se pode colocar o erro ordinário de quem quer que seja, muito menos do juiz: e referimos destaca-

---

14 BIELSA, em *Estudios de Derecho Publico II*, ed. Depalma, B. A., 1951, págs. 118/119.

15 Morin, em *Pour Sortir du Vingtième Siècle*, ed. Fernand Nathan, Paris, 1981, págs. 204/205.

damente o Magistrado, apenas, embora o artigo também sujeite a sanções monetárias — às despesas dos atos a serem repetidos — os serventuários da justiça e os elementos do MP. Mas uma posição excepcional tem o juiz, porque sendo sua atribuição exclusiva a de julgar os litígios de seus semelhantes, ele estará necessariamente sujeito a cometer desvios de julgamento, erros, portanto. A nosso ver, antes de ser um acidente — um acidente do trabalho ou uma moléstia profissional... —, a incidência em erro é inerente ao exercício da judicatura (...). O que não se dizer das dificuldades do juiz, que só faz administrar Justiça através da perquirição da realidade dos fatos com os quais não se comunicou e que, ao revés, por artes dos advogados, só lhe são esboçadas, assim mesmo em termos pelo menos incompletos?..."

Efetivamente o juiz errava, na sentença que instância superior reformara: e ele admitia que tinha errado... Todavia, nossa argumentação sobre a *imunidade do juiz para o erro* possibilitou o sucesso do patrono judiciário.

Sem dúvida, por sua condição humana, o juiz estará sujeito aos erros de julgamento e de raciocínio ou ainda a ilusões dos sentidos, todas às vezes em que lhe cumpre resolver conflitos, embora os cartesianos sustentem não ser exato que os sentidos nos enganam, pois os dados por eles recolhidos são como podem e devem ser. Pouco importa esta querela, sobretudo porque isso apenas limitadamente se reflete no problema da responsabilidade do Estado: é que os erros naturais, tanto quanto os desvios maliciosos ou interessados de conduta, como os resultantes de omissões do juiz, ordinariamente acarretam lesões de bens jurídicos de uma parte; e a questão de identificar no procedimento do juiz o pertinente ao erro natural ou à omissão ou malícia, esta só importará a fim de ser decidida a oportunidade ou procedência de ação regressiva.

11. O Código de Processo Civil é expresso no estabelecer cominações de estilo civil para o juiz que, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude ou, ainda, recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte (art. 133): a partir daí, ou seja, da responsabilidade civil que a lei impõe ao juiz, como indivíduo, obviamente resultarão as aplicações penais. Não será ocioso apontar que esses preceitos do diploma processual civil estão literalmente repetidos no art. 49 da Lei Complementar n.º 35, de 1979, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Entretanto, enquanto as leis do Estado de Direito têm sido pródigas, pelas últimas décadas, e em seguimento de fecunda construção doutrinária e jurisprudencial, no instituir a responsabilidade principal do Estado pelos prejuízos causados aos administrados pelos funcionários administrativos,

seus agentes, em todos os sistemas jurídicos continua omitida a extensão dessa responsabilidade aos exercícios nefastos e danosos dos agentes na Administração da Justiça. Apenas se tem exetuado o ocorrido com os erros judiciários em juízo criminal, quando o direito comparado indica o critério quase universal de atribuir uma responsabilidade estatal pelos prejuízos emergentes, na forma do previsto em nosso Código de Processo Penal, art. 630, como agora, no art. 5.º, inciso LXXV da CF de 1988 [16].

12. É consabido que foi a partir da Constituição brasileira de 1934 que se passou a responsabilizar o Estado pelos prejuízos que seus "funcionários", nessa qualidade, causassem a terceiros: no Diploma desse ano de 1934, como no de 1937, enunciava-se a responsabilidade da "Fazenda Nacional" solidariamente com o funcionário; já nas Cartas de 1946, como nas de 1967 e na EC n.º 1/69, a responsabilidade do Estado passou a ser *principal*, apenas assegurado um direito de regresso, contra o agente do dano. Foi a partir de 1946, entretanto, que se intensificaram as tentativas de obter indenização do Estado, com fundamento em atos nocivos aos interesses de particulares causados por juiz. Mas a discussão no foro resultava, sempre, na frustração dos pleitos assentada, sobretudo, no entendimento de que o nome "funcionário" não bastava para identificar a categoria profissional de juiz.

Dentre os numerosos acórdãos em que o Supremo Tribunal Federal decidiu casos da natureza do comentado, destaca-se o proferido pelo seu Plenário no RE n.º 70.121-MG, no qual foram vencidos os Ministros ALIOMAR BALEEIRO, seu Relator, BILAC PINTO e ADALÍCIO NOGUEIRA, pelo que foi designado para Relator definitivo o Ministro DJACI FALCÃO [17]. Na parte fundamental de longa ementa foi dito: "No acórdão objeto do recurso extraordinário ficou acentuado que o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos declarados em lei, porquanto a administração da Justiça é um dos privilégios da soberania. Assim, pela demora da decisão de uma causa responde civilmente o juiz, quando incorrer em dolo ou fraude, ou ainda, sem justo motivo recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte (art. 121 do Código de Processo Civil). Além disso, na espécie não se trata de responsabilidade decorrente de revisão criminal (art. 630 e seus parágrafos do C.P.Penal)."

Merecem referência os fatos que induziram certo cidadão a promover a ação originadora desse julgado: um comerciante tivera prisão preventiva

16 Aliás, tal inciso LXXV do art. 5º da CF responsabiliza o Estado tanto por erro judiciário em matéria criminal como em qualquer outra circunstância, e pela prisão de condenado "além do tempo fixado na sentença". Adiante, no Cap. 16, isso comentaremos.

17 Na *RTJ*-64/689: este acórdão menciona o art. 121 do CPC de 1939, que corresponde, quase literalmente, ao art. 133 do Código de 1973, e ambos se inspiraram no art. 55 do CPC italiano.

decretada por juiz, eis que denunciado por emissão de cheque *sem fundo;* no final, o processo foi encerrado e arquivado, com absolvição do acusado, a pedido do Ministério Público. Entretanto, esse comerciante permaneceu preso em cadeia pública durante mais de 3 anos, dos quais 2 anos e 9 meses pela desídia do juiz que, com os autos conclusos depois do interrogatório do réu, conservou-os consigo "*displicentemente*" — como consignado no relatório do R.E. — durante mais de 2 anos, não obstante reiteradas solicitações de devolução formuladas pelo Promotor da Comarca e pela Ordem dos Advogados. Esses fatos de inequívoca gravidade levaram o comerciante à ação de indenização por perdas e danos contra o Estado de Minas Gerais, encerrada com o *histórico pronunciamento* em tela.

Os debates havidos sobre a matéria questionada tomaram longo tempo do Pretório, como se vê de sua *publicação: todavia*, entre os juízes dele participantes, LUIZ GALLOTTI, cuja argumentação prevaleceria afinal, e ALIOMAR BALEEIRO, foram os mais pugnazes e os que mais desenvolvidamente se pronunciaram. Em pálido resumo, sustentou BALEEIRO: 1.º, tanto o art. 105 da Constituição de 1967 quanto o art. 15 do Código Civil partem do princípio de que a Pessoa de Direito Público é responsável principal por indenizações da ordem da pleiteada, sem solidariedade com o funcionário, reservada a ela, apenas, uma ação regressiva; 2.º, os "funcionários" mencionados no art. 105 da CF são os mesmos "representantes" referidos no art. 15 do CC, "inclusive os órgãos e agentes dos três Poderes, e não apenas os que as *leis antigas* chamavam de empregados públicos da Administração"; acrescentou, ademais, esse Ministro que, a seu ver, na cláusula do art. 105 da Constituição incluem-se até os Chefes do Poder Executivo, os Ministros e Secretários de Estado, os Prefeitos, "ainda que não sejam funcionários no sentido do Direito Administrativo".

Quanto ao Ministro LUIZ GALLOTTI, *que sintetizou sua posição no* declarar que "a minha tese é no sentido de que o Estado não responde pelos prejuízos decorrentes de *atos judiciais*", desenvolveu seu voto para argüir, em síntese: 1.º, "a irresponsabilidade do Estado pelos atos e omissões dos juízes advém da independência da magistratura, prerrogativa esta que *tem como conseqüência lógica o tornar exclusivamente pessoal a responsabilidade*", opinião tomada de CARLOS MAXIMILIANO, que o Ministro adotou; 2.º, *também não cabe exigir* indenização do Estado, em casos da ordem considerada, visto o juiz não ser funcionário, porque "como parte integrante do Poder Judiciário não é representante ou preposto do Estado, mas um dos órgãos da soberania".

Obviamente os pronunciamentos havidos no Supremo, neste caso, foram ricos de invocações doutrinárias pertinentes a temas paralelos, e menções de autores italianos e franceses, principalmente: entretanto, quem se detiver na leitura dos votos comentados pouco encontrará que sobreleve à argumentação dos próprios Ministros, de nós resumida. Afinal, as dúvidas e hesitações dos autores forâneos, essas, eles as põem exatamente com os mesmos termos como as apresentamos nós, os escritores brasileiros.

Ainda a propósito de quanto sustentado neste julgado, é pertinente registrar que, nos múltiplos acórdãos enformadores da jurisprudência do Supremo sobre a responsabilidade do Estado pelos atos de juiz, causadores de prejuízos para terceiros, as teses debatidas não foram de diversa ordem.

Mas, pelo seu conteúdo, este julgado bem merece classificado de *leading case*.

13. Um dos argumentos mais constantes, certamente o argumento basilar dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, em sua persistência no denegar a responsabilidade do Estado nas circunstâncias ora comentadas, reside na estranha afirmação de que essa irresponsabilidade se fundamenta na posição particular do juiz que, pelo exercer de uma atividade iurisdicional do Estado, é órgão de sua soberania, e mesmo que "o Poder Judiciário é poder soberano". Isso está proclamado desde a ementa do acórdão susocomentado, como nos acórdãos proferidos nos RR.EE. n.os 32.518 (RTJ-39/190), 69.568 (RTJ-56/273, e reafirmado pelo Pleno nos Embargos — in RTJ-59/782) e 91.680 (RTJ-94/423), a propósito, todos, do tema em foco [18].

---

18 Este julgado foi proferido pela 1ª turma do Supremo, dele tendo sido relator o Ministro RAFAEL MAYER. Não foi conhecido à unanimidade o RE oposto à decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, que basicamente assentara nesta razão: "Inexiste o ressarcimento de danos provenientes de atos do Poder Judiciário, porque se trata de um poder soberano, que goza de imunidades que não se enquadram no regime da responsabilidade por efeitos de seus atos, quando no exercício de suas funções".

De sua parte, implicitamente acolhendo o argumento do Judiciário paranaense, a ele, o Ministro MAYER aditou: "Não resta dúvida de que, no tocante àqueles atos típicos da jurisdição, não se pode desenvolver a responsabilidade civil do Estado a partir dos danos que deles resultem. O pensamento dominante é de que em se tratando do exercício de atos de soberania, a igual da irresponsabilidade do legislador, não poderia resultar a responsabilidade de indenizar quem, súbito, sofresse prejuízos daí conseqüentes (...). Poucas são as vozes que se opõem à tese, mesmo porque, do contrário, se comprometerá a nímia liberdade interior do ato de julgar".

A rigor, na Europa igualmente se tem estribado a irresponsabilidade do Estado, em casos desta ordem, com esse argumento de *soberania judiciária*, o que juristas do peso de DUGUIT e DUEZ tanto hão criticado: sobre isto, o segundo classificou de mero "verbalismo"; o primeiro disse que o argumento melhor serviria para afirmar a irresponsabilidade do Estado em face de ato administrativo...

Não obstante a *consideração* que se deva ter pelos arrestos emitidos das sédias da nossa Corte mais alta, não podemos deixar de opor restrições a esse entendimento. E assim nos pronunciamos: 1.º, porque nada há de mais polêmico, nos quadros do Direito Público, do que seja, de a que corresponde o conceito de *soberania;* 2.º, porque não podemos compreender a razão de ser de qualificar o juiz como órgão da soberania e o Judiciário como "Poder soberano" e não situar, no mesmo plano, o legislador e o funcionário público, pois, afinal, todos são *agentes do Poder Público,* e desempenham aquele papel que OTTO MAYER situou na "öffentlich Verwaltung", isto é, na Administração Pública por ele definida em sentido lato, como correspondendo ao próprio Estado na realização de seus fins.

Com efeito, sobre o sentido impreciso e polêmico do que corresponde ao instituto da "soberania", todos os autores que sobre ele se detiveram mostraram-se unânimes no acentuá-lo. Entre nós, trabalho excelente de MACHADO PAUPERIO desde o seu título — *O Conceito Polêmico da Soberania e a sua Revisão Contemporânea* [19] — tal demonstra; e PINTO FERREIRA, em longo verbete sobre o tema, publicado na *Enciclopédia Saraiva do Direito* (vol. 69), iniciou seu estudo com este pronunciamento: "Trata-se evidentemente de um vocábulo polêmico", e prossegue indicando similar entendimento, sobre o "conceito polêmico" do nome e do instituto, em obras de JELLINEK e de KELSEN. Por sua vez, NORBERTO BOBBIO, no monumental *Dicionário de Política,* que organizou com NICOLA MATTEUCCI e GIANFRANCO PASQUINO [20], exatamente no último capítulo de seu desenvolvido trabalho encerra-o comentando "O Eclipse da Soberania" (págs. 1187/1188).

Em que pese à circunstância de o eminente PINTO FERREIRA ter encerrado o último capítulo de seu verbete na *Enciclopédia* com uma "Definição da Soberania e seu conceito jurídico", e haver reconhecido que esta pode ser *externa* ou *interna,* foi ele assaz conciso no tratar da "*soberania interna,* pela qual o Estado tem o monopólio do poder de coação no seu espaço interior, no seu território, no seu domínio, em tudo que nele se encontre".

No entanto, no verbete "Soberania", de seu *Dicionário,* BOBBIO situou melhor o que corresponderá, e como se exercerá aquilo que porventura seja pertinente à *soberania interna:* segundo este politólogo, na ordem interior do Estado, com sua progressiva *jurisdição* e com a sua cor-

---

19 Obra de 1949, 1ª ed. F. Bastos; grandemente ampliada na 2ª ed. Forense, de 1958.

20 Editado pela Universidade de Brasília, em 1986, com 1.328 páginas.

respondente redução a *ordenamento*, não faz sentido falar de *soberania*, por nos encontrarmos sempre diante de poderes constituídos e limitados, enquanto a soberania se caracteriza, na realidade, como um "poder constituinte", criador do ordenamento. E ainda BOBBIO: tipologicamente é possível indicar dois poderes constituintes — a ditadura soberana e a Soberania popular, sendo que esta última, através da Constituição, define os órgãos e os poderes constituídos e define o ordenamento, onde previstas as regras que permitem sua transformação e sua aplicação. Marcantes, sobretudo, e no concernente à suposta qualificação do Judiciário como "Poder soberano", são as observações de NORBERTO BOBBIO nos tópicos seguintes, onde salientou: "As diferenças técnicas do constitucionalismo estão, de fato, inteiramente orientadas a combater, com o Estado misto e a separação dos poderes, toda a concentração e a unificação do poder, e a dividi-lo equilibradamente entre os órgãos"; e mais adiante, comentando o que tem sido objeto de tantos estudos publicísticos, a moderna multiplicação das fontes geratrizes de preceitos cogentes e de poder social — "na realidade o contexto social apresenta uma notável pluralidade de grupos em competição ou em conflito para condicionar o poder político; é justamente esta pluralidade que impede a existência de uma única autoridade, onicompetente e onicompreensiva: o processo de decisão política é o resultado de uma longa e vasta série de mediações. Nesta divisão do poder, nesta poliarquia, não existe um verdadeiro soberano (...). Além disso, com o advento da sociedade industrial, empresas e sindicatos adquiriram cada vez maiores poderes, que são essencialmente públicos, uma vez que suas decisões atingem diretamente toda a comunidade".

As observações de BOBBIO nos trechos que transcrevemos traz-nos à meditação, outra vez, a preleção de ARTHUR MACHADO PAUPERIO, agora em mais recente trabalho seu sobre a "soberania", um outro verbete da *Enciclopédia Saraiva*, onde o autor apresenta as observações do festejado publicista espanhol ADOLFO POSADA, para quem "o Estado é a sociedade integral, juridicamente considerada, mas que tolera grupamentos autônomos, em ordens jurídicas específicas" — os mesmos que como fontes do poder estatal BOBBIO referiria —, donde a conclusão do próprio POSADA: "a soberania não exclui a soberania, (pois) as soberanias podem atuar juntas, concorrentemente, entrecruzando-se, sem anular-se".

Por mais que se perquira nos doutores suas excogitações sobre a questão da *soberania*, o que se encontra em seus magistérios é que, conquanto ela seja um *poder superlativo*, máxime na ordem interna, ela é igual e concomitantemente um *poder relativo*, pois, conforme MIGUEL REALE já destacava, em obra de há mais de cinqüenta anos *(Teoria do Direito e do Estado*, SP, 1940, pág. 144), se a soberania é do Estado

sub specie juris, ela é sobretudo do povo, pertence à sociedade como fato social.

Diante desse generalizado entendimento, ter-se-á de concluir que, se na soberania interna é válido enxergar um poder difuso — ao qual os elementos poliárquicos de cunho social aperfeiçoam a modo de cimbres, como amparos da *summa potestas* do Estado —, *não vemos seja possível* qualificar a cada um desses elementos, nem a cada um dos Poderes em que se distribuíram especializadamente as funções mais eminentes da estatalidade, o caráter de entidade *soberana*.

Acrescente-se que nem mesmo pela dicção de qualquer dos Diplomas Constitucionais que temos tido será possível concluir-se, como o tem feito a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que o juiz será *órgão da soberania* e o Judiciário um *poder soberano:* não resta dúvida que seria mais próprio enunciar que o juiz será *órgão do Estado, no mesmo plano* que qualquer colégio legislativo ou autoridade executiva, visto como — e a observação apropriada é de CELSO RIBEIRO BASTOS — "qualquer que seja a forma ou o conteúdo dos atos do Estado, eles são sempre fruto de um mesmo poder (...). Todas as manifestações de vontade emanadas em nome do Estado reportam-se sempre a um querer único, que é próprio das organizações políticas estatais" [21]. Quanto ao fato de dizer-se que o juiz é órgão, isso em nada influi para discriminar seu papel, porquanto a qualquer entidade ou instituição legalmente organizada à qual se cometa o desempenho de determinada função estatal cabe essa qualificação, pois (novamente de CELSO BASTOS a anotação) "as funções são como que moldes jurídicos dentro dos quais deverão ser cumpridas as finalidades estatais".

É certo que a Constituição de 1891, no seu art. 15, prescrevia que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário seriam "órgãos da Soberania Nacional": entretanto, isso em nada influiu para atribuir a qualquer desses poderes tratamento excepcional nas relações sociais, muito menos para impedir se fizesse o art. 15 do Código Civil, que definiu a responsabilidade do Estado por atos de seus "representantes", embora a sua condição, a mesma com a qual a jurisprudência moderna do Supremo Tribunal Federal tem afirmado a irresponsabilidade do Estado por atos dos juízes (dando-lhes, ainda que impropriamente, o caráter de *órgãos da soberania)*.

Realmente, nenhuma importância especial deram os comentaristas da primeira Constituição republicana à classificação atribuída à tríade dos

---

21 Na parte de seus *Comentários à Constituição do Brasil*, ed. Saraiva de 1988, 1º vol., pág. 430.

Poderes, de como se vê, a ilustrá-lo, nos "Comentários" de JOÃO BARBALHO, que PONTES DE MIRANDA indicou como o mais apreciável dos estudiosos do Diploma de 1891. Aliás, em que pese ao conceito de soberania, sobre o qual nos detemos aqui, é comum o abuso desse *nomen*, de como visto — *ad exemplum* — em nossa CF de 1988, onde em cinco ocasiões e com variados sentidos se o emprega: isso ocorre logo no art. 1.º, inc. I, no art. 5.º, incisos XXXVIII, *c* e LXXI, no art. 14, *caput* e, novamente, no art. 170, inc. I.

No concernente ao tópico do art. 1.º, onde proclamado que a "soberania" constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nisso vai uma afirmação de certo modo incongruente, eis que, como observou CRETELLA JÚNIOR em seus *Comentários*, "A soberania não é traço de sistema de governo, republicano ou monárquico, mas da Nação, do Estado (...). Soberano é o Estado. Soberana é a Nação. As *formas de governo* são fenômenos eventuais com que se apresenta o Estado num dado momento. Só nesse sentido é que se pode afirmar que a República Federativa do Brasil é soberana, quando, a rigor, soberano é o Estado brasileiro sob forma republicana"[22]. No inciso XXXVIII do art. 5.º, depois de se haver impropriamente falado em "soberania dos vereditos" do júri, onde o vocábulo *soberania* foi empregado sem adequação técnico-jurídica, porque usado no sentido vulgar (observação ainda de CRETELLA, ob. cit., pág. 470 do vol. I), tornou a CF a empregar "soberania" quando tratou do mandado de injunção: "abusa-se do vocábulo soberania", sentenciou novamente CRETELLA (no vol. II, pág. 1091). Afinal, outra vez foi empregado o vocábulo no art. 170, I, onde, a propósito da Ordem Econômica e Financeira, é estabelecido que a "soberania nacional" será um dos princípios a observar: CELSO RIBEIRO BASTOS comenta o fato, dando sentido restritivo ao preceituado na Carta, e o fazendo de modo implicitamente crítico[23].

Portanto, de como visto, em que pese ao uso que nas Constituições da União se tem feito, através dos tempos, do vocábulo "soberania", isso de nenhum modo terá o condão de superlativar papel político de nenhuma instituição do Direito interno, nem mesmo dos "Poderes da União" cuja separação, consoante comentário de LOUIS TROTABAS, tem por único objetivo a defesa da liberdade dos cidadãos contra o arbítrio dos governantes, pelo que não devem ser mais do que *suavemente separados*, pois hão de agir em concerto, trabalhar em comum em determinadas tarefas do Estado, sem oposição. Mesmo porque, conforme é entendido geralmente, a rigor, no governo da Nação só existem verdadeiramente *dois pode-*

---

22 Cfr. os *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, For. Universitária, 1989, vol. I, pág. 138.

23 Em *Comentários* antes referido, 7º vol., 1990, págs. 19/20.

res, o Legislativo e o Executivo, desde que o Judiciário até historicamente é um desdobramento menor deste segundo [24].

14. Sucede que desde 1988 uma outra Constituição passou a vigorar no Brasil, em termos que alteram fundamentalmente quanto prevalecia antes, a propósito da responsabilidade do Estado nas circunstâncias até aqui apreciadas. Efetivamente, isso é o que se depara no Título III desse Diploma, cujo Capítulo III trata genericamente "da Administração Pública" e onde o art. 37 dispõe: "A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte." Em seguida, depois do disposto em XXI incisos, seguem-se vários parágrafos, onde o 6.º apresenta este enunciado: "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 os responsáveis, nos casos de dolo ou culpa."

Duas observações hão que ser feitas a propósito destes artigos e parágrafos transcritos: 1.º, a colocação da matéria numa parte abrangente da Constituição, onde cuida da "Organização do Estado", ao contrário do que acontecia nas Constituições anteriores, onde a responsabilidade do Estado por atos de seus "funcionários" constava de Capítulos relacionados com o Poder Executivo; 2.º, a referência à responsabilidade do Estado se fazia em relação a "funcionários" (do Poder Executivo, entendeu-se), enquanto agora se trata dessa mesma responsabilidade pelos danos de "agentes" de qualquer dos Poderes.

Destarte, a discussão que ontem envolveu ALIOMAR BALEEIRO e BILAC PINTO, de um lado, DJACI FALCÃO e LUIZ GALLOTTI, de outro, no Supremo Tribunal Federal, sobre se no conceito amplo de funcionários públicos seria válido incluir o juiz, isso perdeu sentido, visto como será muito menos aventuroso negar ao órgão do Poder Judiciário

---

24 Não foi por outra razão que, lembra LOUIS TROTABAS, "para respeitar a fórmula de *MONTESQUIEU* basta distinguir dois poderes: o Poder Legislativo, que normalmente pertence a um Parlamento, e o Poder Executivo, que pertence ao chefe de Estado e ao Governo" (em *Manuel de Droit Public et Administratif*, ed. L.G.D.J., Paris, 1964, pág. 19); e KONRAD HESSE, proclamando o "Judiciário e o Executivo estão juridicamente ligados ("sind rechtsgebunden"), pois ambos exercem funções executivas porque têm função de concretizar o direito, embora o Judiciário o faça em menor grau" (em *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublick Deutschland*, 15ª ed., Müller, Heidelberg, 1985, pág. 210, nº 550). — Aliás, nesse sentido é expressa a Lei Fundamental alemã ao estabelecer que, enquanto o Poder Legislativo se vincula ao ordenamento constitucional, os Poderes Executivo e Judiciário ligam-se com a lei e o direito (G.G. — art. 20,2).

a condição *stricto sensu* de "funcionário" que a de — mesmo no mais estrito sentido — "agente" do Poder Público, qualidade apresentada por quem quer que exerça legitimamente função de Poder estatal (segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "agente" é sinônimo de "órgão")[25].

Eventualmente argüir-se-á que, como agente da Administração da Justiça, órgão do Poder Judiciário, o juiz não é parte da Administração Pública: esta envolverá simplesmente os representantes do Poder Executivo ou, quando muito, os elementos incumbidos de função executiva em qualquer dos Poderes do Estado ou, ainda, mercê de interpretação ampliativa, dela participarão juízes enquanto expedem atos administrativos ou de jurisdição voluntária.

Descaberia por inteiro essa impugnação.

E improcederia, porquanto — em primeiro lugar —, pela sua natureza e por circunstância tópica, o art. 37 da CF não se restringe ao disciplinamento do regime jurídico dos servidores do Poder Executivo, porque sua parte capital enuncia cogentemente princípios a serem atendidos na ação dos três Poderes do Estado, não apenas no procedimento de seus agentes administrativos; *alter*, por demais, até historicamente o juiz é tão agente de ação executiva quanto qualquer membro dos serviços estritamente executivos, incumbidos de aplicação da lei, desde que ambos estarão sob a égide do Estado de Direito; *tertius*, em face da hermenêutica constitucional, por um critério de interpretação ou de aplicação de norma da *Lex Legum*, confirma-se a aplicação dos preceitos do art. 37 a todos quantos não podem escapar da classificação de *agentes do Estado*, nem mesmo os juízes (repelida a qualificação de órgãos privilegiados de um "Poder soberano", como se pretendia fosse o Judiciário...).

15. Efetivamente: a incumbência de *administração* da Justiça, que se convencionou aplicar ao desempenho de serviços objetivados pelo Judiciário, nada mais é que o trabalho exercido pelos juízes nos termos de um complexo de leis a que se denomina "organização judiciária" (DE PLACIDO E SILVA), o qual só difere nominalmente de todos os demais complexos de leis que regem outros serviços públicos (*serviços tributários, magistério superior, forças armadas...*) porque, aqui, se trata de regular o trabalho de um setor chamado Justiça. Não podemos compreender em que sentido os juízes serão mais qualificados como órgãos de um serviço do Estado do que os advogados da União, os membros do Ministério Público ou os das Forças Armadas, às últimas das quais incumbe a preservação e o asseguramento da soberania externa e interna da Nação, "à

25 Em *Responsabilidade Civil*, 2ª ed. For., 1991, nº 103: "Todo agente da administração, mesmo subalterno, é um órgão da pessoa jurídica sem se cogitar da relação de preposição".

defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem" (CF, art. 142).

Ainda recentemente (n.º 57, de janeiro-março de 1991) a *Revue Française d'Administration Publique,* editada pelo "Institut International d'Administration Publique", publicou número especial sobre "L'Administration de la Justice", em que se deteve longamente num estudo comparado sobre a crise do aparelhamento da Justiça, um tema rigorosamente igual a tudo que se discute, também universalmente, sobre os problemas institucionais da Administração Pública.

Portanto, cuidar da Administração Pública, como ordena o art. 37 da CF de 1988, não pode deixar de envolver o interesse da Administração da Justiça: apenas a segunda é um *minus* em relação à primeira, como sustentamos acima, a propósito dos Poderes Executivo e Judiciário.

Acrescente-se: qualquer estudo aprofundado do que se entende por *administração pública* não poderá deixar de compreender a *administração da justiça,* de como se verifica no excelente livro do Prof. WERNER THIEME, da Universidade de Hamburgo [26], sobre "A doutrina da Administração", onde se detém na organização da Justiça, apresentada como componente da Administração Pública e, especificamente, como elemento do controle interno de seus procedimentos. Idem nos Estados Unidos, nação cujo progresso material e institucional carece de exaltado, onde a Administração Pública está colocada no plano de uma *ciência* que desde sua virtual fundação por WOODROW WILSON, com obra de 1887 *(The Study of Administration),* só tem feito acumular conteúdo de alto teor político [27]. Aliás, nem se poderia compreender fosse diversa a abrangência dos estudos da Administração Pública, cujo papel essencial é a realização das ações executivas do Estado, inclusive as do Poder Judiciário, que até historicamente é filial do Poder Executivo, conforme destacamos acima, trazendo à colação observações do francês TROTABAS e do alemão HESSE (*v. nota 24*).

16. Conquanto não seja este o argumento fundamental, freqüentemente se apresenta — tanto no Brasil quanto algures — como fundamento da irresponsabilidade do Estado pelos atos de juiz a circunstância da irretratabilidade da coisa julgada: permitir que um indivíduo pretenda certa indenização a pretexto de que teria padecido dano em conseqüência de coisa julgada, isso equivale a reabrir uma discussão socialmente impossível, é como JOSÉ DE AGUIAR DIAS situa essa questão no seu livro *Da*

---

26 *Verwaltungs — Lehre,* ed. Carl Heymanns, Colônia, 1967, págs. 291 e segs.

27 A propósito vejam-se os livros de LEONARD D. WHITE, "Introduction to the Study of Public Administration", 3ª ed. Macmillan, 1926, "modelo durante uma geração", segundo DWIGHT WALDO, Professor de Ciência Política na Universidade da Califórnia, em *Estudio de la Administracion Pública,* tradução espanhola, ed. Aguilar, 1964, pág. 44.

Responsabilidade Civil[28]. Com citação de DUEZ, e com ele concorde, escreveu o jurista patrício que o mestre francês admitiu a tese apenas no caso dos pleitos fundados em atos jurisdicionais propriamente ditos, sem abrangência dos atos preparatórios ou de execução, e dos atos de agentes não jurisdicionais, embora subordinados às autoridades judiciais.

A propósito, ainda da irresponsabilidade do Poder Público pela irremovibilidade de coisa julgada, só nos casos de revisão e de rescisão desta seria admissível pudesse o particular obter o ressarcimento de prejuízo acarretado por decisão ilegal — assim sentenciava PEDRO LESSA em obra do primeiro quartel deste século[29]. O direito legislado nacional, mais tarde, viria admitir a responsabilidade do Estado em tal caso, como visto no art. 630 do Código de Processo Penal, e, de modo ainda mais amplo, no art. 5.º, inciso LXXV da Constituição Federal, que contempla o "condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

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

Dessa forma, conjugada a norma nova desse art. 5.º, LXXV com a do art. 37, § 6.º, dúvida não poderá remanescer de que o Estado é plenamente responsável por todos os prejuízos que erros judiciários eventualmente causem aos elementos da coletividade.

É interessante registrar que apesar de vários juristas já terem tido oportunidade de comentar todo o art. 5.º da CF de 1988, nenhum deles haverá tido a percepção de quanto contido no seu inciso LXXV. Não perceberam a amplitude da cláusula comentada, CRETELLA JÚNIOR, nem CELSO RIBEIRO BASTOS ou PINTO FERREIRA, nem EUGÊNIO HADDOCK LOBO e JULIO CESAR LEITE; apenas HELY LOPES MEIRELLES, na última edição de seu festejado *Direito Administrativo Brasileiro,* publicado durante sua vida (a 15.ª, de 1990), embora superficialmente, destacou esse alcance do inciso LXXV, em tela, comentando-o fora de seu aspecto puramente criminal, *in verbis: "O ato judicial típico,*

28 6ª ed. Forense, 1979, pág. 323 do vol. II.

29 Em seu clássico *Do Poder Judiciário,* Liv. F. Alves, 1915, pág. 164.

que é a sentença, enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, como dispõe agora a Constituição de 1988, em seu art. 5.º, LXXV. Ficará, entretanto, o juiz, individual e civilmente, responsável por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de seu ofício, nos expressos termos do art. 133 do Código de Processo Civil, cujo ressarcimento do que foi pago pelo Poder Público deverá ser cobrado em ação regressiva contra o magistrado culpado. Quanto aos atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário, se equiparam aos demais atos da Administração, e, se lesivos, empenham a responsabilidade civil objetiva da Fazenda Pública" (pág. 554).

Temos por ocioso registrar que a hermenêutica constitucional há de ser feita em termos de *construção*, donde CARLOS MAXIMILIANO ter aconselhado observar que o "Código Fundamental" tanto prevê no presente como prepara o futuro, visando a tornar efetivos e eficientes os grandes princípios de Governo, que, consoante STORY, de quem nosso autor aproveita um período, "é uma coisa prática, feita para a felicidade do gênero humano"; *outro tanto*, ainda de MAXIMILIANO o pensamento, as palavras da Constituição devem ter seu sentido ampliado, de modo que abranjam outras relações mais extensas [30].

Em face dessas considerações, é evidente que ademais do estabelecido no art. 37, da Carta, para explicitar a amplitude dos termos em que o Estado será responsabilizado pelos atos que seus *agentes* ou *órgãos* — na área de qualquer de seus Poderes, inclusive do Judiciário — haja praticado em lesão de interesses ou bens jurídicos de terceiros, ficou à saciedade explicitado que isso também acontecerá nos casos de erro judiciário, obviamente quando qualquer condenação prévia tenha sido corrigida por via de ação anulatória ou rescisória.

17. À margem de qualquer consideração sobre a inviabilidade de ser pretendida a responsabilização do Estado por ato jurisdicional cristalizado em *cousa julgada*, porque isso o pensamento jurídico tem assentado sem discrepância, cabe apreciar o *quid* das outras eventuais fontes de prejuízo verificadas nos erros ou nas faltas graves de juiz. Conforme temos expendido, ademais dos *atos administrativos* e dos proferidos no exercício de *jurisdição voluntária* (*v. g.*, nos casos dos arts. 294, 420 e 421 do *CC*), a função precípua do magistrado reside na prática de funções jurisdicionais e, portanto, na expedição de *atos jurisdicionais*.

A propósito dos primeiros, *id est*, dos atos administrativos realizados em sede judiciária, bem como dos atos proferidos na jurisdição voluntária,

---

30 *Apud*, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 4ª ed. F. Bastos, 1947, nºs 358 e segs.

mesmo anteriormente à promulgação da atual Constituição, já havia ponderável corrente que se inclinava pela plena responsabilidade do Estado, de como se vê em excelente colaboração de CRETELLA JÚNIOR publicada na *RDA*, em seu n.º 99, de 1970, sob o título "Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais"[31]. Entretanto, conforme referência de AGUIAR DIAS — e sob sua autorizada e severa crítica, *in casu* —, ainda há decisões, mesmo do Supremo Tribunal Federal, que "dominadas por falsos pressupostos até acobertam atos administrativos dos juízes, confundindo-os com os de caráter jurisdicional" (ob. e vol. citados, pág. 326, em nota de rodapé).

18. Conforme assinalado pelos estudiosos do tema ora abordado, *ut supra*, é universal a tendência para impor ao Estado a direta responsabilidade de ressarcir o prejuízo que seus agentes ou órgãos causem a outrem. Entretanto, embora algumas Constituições modernas tenham colocado a matéria em preceito constitucional — como a Itália, em 1947, e a Alemanha, em 1949 —, nenhuma deu ao princípio da responsabilidade do Estado a amplitude da Carta Federal do Brasil.

No caso da Constituição italiana, seu art. 28 estabeleceu: "Os funcionários e os dependentes do Estado e dos entes públicos são diretamente responsáveis segundo as leis penais, civis e administrativas, pelos atos realizados com violação de direitos. Em tais casos a responsabilidade civil se estende ao Estado e aos entes públicos". Os comentaristas que muito se vêm ocupando da interpretação dessa norma têm sustentado que ela substituiu o princípio que se tornara tradicional, a responsabilidade direta do Estado, por uma responsabilidade direta dos servidores e, num óbvio retrocesso, colocou a solução jurídica no plano da responsabilidade por culpa: entretanto — e a observação é de GUIDO ZANOBINI[32] —, a jurisprudência destes primeiros anos de aplicação do Diploma de 1947 se tem mostrado adversa ou pelo menos pouco convencida da solução constitucional, do mesmo modo que na doutrina não faltam autores que ao enunciado referido dão interpretação contrária ao que sua letra sugere. E o próprio ZANOBINI sustenta: "Independentemente das novas disposições constitucionais, o princípio geral da responsabilidade direta do Estado apresenta, com base nas leis do velho ordenamento, algumas normas excepcionais que, devendo conservar-se agora vigentes, devemos brevemente voltar a aplicar", inclusive por particulares razões e prevalentemente históricas (ob. e vol. cits., pág. 345).

---

31 Tal estudo agora se encontra aproveitado pelo mestre paulistano em seus *Comentários à Constituição de 1988*, na 2ª ed. do vol. II, págs. 820/852.

32 In *Corso de Diritto Amministrativo*, 8ª ed. Giuffrè, Milão, vol. I, págs. 343/344.

Outro jurista acerbamente crítico do art. 28 da Constituição italiana é seu comentarista VINCENZO CARULLO, da Universidade de Bolonha, que o qualifica de radical e gravemente inovador, embora sugerindo determinada aplicação hermenêutica que poderá melhorá-lo, na sua aplicação [33].

Quanto à Lei Fundamental de Bonn, esta — de como visto na sua letra — colocou-se dentro da corrente moderna, afirmativa da responsabilidade direta do Estado; e de tal forma é o seu espírito e a orientação das correntes doutrinárias germânicas que a jurisprudência lhe vem dando aplicação, até quando o Estado exercita funções mediante particulares [34].

19. Não resta dúvida que existe universal tendência para ampliar o campo das responsabilidades do Estado, seja a *responsabilidade civil* propriamente dita, de regime obrigacional, ou a de outras espécies, regidas pelo Direito Público e resultantes das atuações omnímodas dos Poderes com que se exerce a ação do Estado: neste último caso se situa a *responsabilidade por atos de juiz*, sejam administrativos, de jurisdição graciosa ou propriamente jurisdicionais, desde que eivados de defeitos e causadores de prejuízos a terceiros. O caso da Constituição da Itália, onde verificado genuíno retrocesso na assinalada tendência ampliativa das responsabilidades do Estado, além de ter sido insólito, está sendo enfrentado por inequívoca repulsa dos formadores de opinião doutrinária como da jurisprudência.

Por tudo isso, a orientação do constituinte brasileiro, que em 1988 elaborou nossa vigente Constituição, é merecedora de louvores, visto como evidenciou-se perfeitamente coerente com o movimento universal pertinente ao tema de que nos ocupamos e coerente mesmo com o quadro nacional, que CARLOS MARIO VELLOSO tão bem apresentou, no seu comentado estudo de 1987.

É certo que no plano do civilismo tem sido forte a resistência ao alargamento da responsabilidade do Estado, como JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ilustrou amplamente em seu trabalho sobre a *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*, de 1970; no entanto, os publicistas — que comandam esse movimento de alargamento da responsabilidade — têm sido vitoriosos, desde a Europa, conforme o demonstramos no curso deste trabalho. E a enfatizar tal asserto, numa demonstração de quanto repercutiu

---

33 Em *La Costituzione della Repubblica Italiana*, vol. I da ed. U.P.E.B., de Bolonha, 1948, págs. 77/79.

34 Ver no *Verwaltungs Archiv*, vol. 64, caderno 4, de 1º-10-73, págs. 433 e segs., a colaboração do Dr. ALBERT von MUTIUS, da Univ. de Münster, sob o título "Zur Staatshaftung bei Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private".

entre nós o que se classificou lá fora como movimento de *publicização da responsabilidade do Estado,* temos à mão obra excelente, uma tese apresentada na Universidade Federal do Rio de Janeiro em 1941, pelo Professor ALCINO DE PAULA SALAZAR, que se concluía destarte: "I — o princípio dominante, como regra geral, em doutrina, quanto aos danos que ao patrimônio cause o exercício da atividade do Estado é o da plena responsabilidade deste pelas conseqüências do funcionamento dos serviços públicos, objetivamente consideradas, compreendendo os atos de qualquer natureza que os seus agentes pratiquem, por ocasião ou por motivo da execução dos referidos serviços, sendo fundamento dessa responsabilidade a idéia solidarista da eqüitativa distribuição dos *ônus* e encargos públicos entre todos os membros da comunhão política; II — este princípio geral, que está naturalmente sujeito a limitações, tem aplicação aos atos do Poder Judiciário, com exceção dos que constituam coisa julgada" [35].

No concernente à colocação da responsabilidade do Estado em circunstâncias como a de nós ora apreciada, que tem merecido apropriada colocação em regime de Direito Público, põe em causa — a nosso ver — a derrogação do título com que vem sendo estudada, "responsabilidade civil". — Por que *civil?*

Essa locução tem óbvia origem na matriz de nosso Direito Privado, conquanto haja padecido necessária alteração ao passar a ser utilizada em relação ao Estado, uma entidade de Direito Público, que, todavia, freqüentemente opera com relações civis, donde se ter engendrado a expressão *responsabilidade civil do Estado.* Acrescente-se que a locução em tela, indicando a reparação de dano injustamente causado, tem origem no princípio do *neminem laedere* e colocação tópica no Direito das Obrigações.

Entretanto, desde o momento em que a responsabilidade do Estado passou a ter outra fundamentação jurídica — decorrendo da equalização dos encargos que o Estado impõe aos membros da comunidade — e regime jurídico publicístico, parece-nos absolutamente imprópria a continuidade do emprego da locução *responsabilidade civil:* em vez disso e como neste caso se trata da *responsabilidade do Estado por atos de juiz,* recomendado é que se abandone o adjetivo "civil", por sua absoluta impropriedade e inadequação, na espécie.

Afinal, até porque isso é decretado em nossa Constituição Federal; o regime político regulador da vida da Nação é do Estado Social e de Direito, onde o comando das suas ações se inspira no exceler o social em face do individual; falar em responsabilidade civil nas circunstâncias como as ora estudadas soa como diapasão de peça de museu jurídico.

---

35 *Responsabilidade do Poder Público por Atos Judiciais,* ed. Gr. Canton & Reile, Rio, 1941, págs. 95/96.