RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

PAULO MODESTO*

1. Introdução. 2. Responsabilidade do Estado por dano decorrente da prestação jurisdicional. 3. Propostas de Alterações do Direito Positivo — Reforma do Poder Judiciário. 4. Responsabilidade do Estado por comportamentos omissivos, em especial pela demora na prestação jurisdicional. 5. Considerações Finais.

1. Introdução

Não é simples tratar da responsabilidade do Estado por demora na prestação jurisdicional. O tema impõe a consideração de dois problemas polêmicos: de um lado, a questão preliminar e geral sobre os *limites da responsabilidade do Estado por dano decorrente da prestação jurisdicional* e, por outro lado, a questão da *responsabilidade do Estado por comportamentos omissivos dos seus agentes*, sede em que pode ser incluído o tema específico do dano resultante da *demora na prestação jurisdicional*. A dificuldade cresce de nível, sobremais, quando acrescentamos aos dois problemas anteriores a demanda por "atualidades" ou por "novos aspectos" no tratamento do tema.[1]

* Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e da Universidade Salvador (UNIFICACS). Coordenador do Curso de Especialização em Dieito Público da UNIFACS. Membro do Ministério Público da Bahia, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) e do Instituto dos Advogados da Bahia (IAB). Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia (IDAB).

1 Texto base da exposição feita em 27 de abril de 2000 no painel "*Novos Aspectos da Responsabilidade do Estado*", durante o I Congresso Brasileiro de Direito Público, Coordenado pelo eminente Prof. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, na capital do Estado de São Paulo.

2. *Responsabilidade do estado por dano decorrente da presação jurisdicional*

Sobre a questão da responsabilidade do Estado por dano decorrente da prestação jurisdicional, de pronto, cumpre dizer que raramente se encontrará no direito brasileiro tema de maior contraste entre a doutrina e a jurisprudência: os discursos são em tudo opostos.

Para a jurisprudência predominante, com aval firme e persistente do Supremo Tribunal Federal, o Estado somente responde por danos decorrentes da *prestação jurisdicional* em *hipóteses expressamente indicadas na lei*. Na ausência de previsão explícita e específica, há *irresponsabilidade do Estado*[2], sem que se faça distinção

2 Conferir os seguintes e eloqüentes julgados: "*Responsabilidade Civil do Estado — Atos Judiciais. O Estado não responde pelos prejuízos decorrentes de atos judiciais*" (STF, RE 69.568, Rel Min. LUIZ GALLOTTI, RDA 105: 217-227, jul./set., 1971); "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 expressamente 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 medida que deve ordenar de oficio ou a requerimento da parte (art. 121 do Cod. Civil) Além disso, na espécie não se trata de responsabilidade civil decorrente de revisão criminal (art. 630 e seus parágrafos do Cod. de Processo Penal). Impõe-se a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público quando funcionário seu, no exercício das suas atribuições ou a pretexto de exercê-las, cause dano a outrem. A pessoa jurídica responsável pela reparação é assegurada a ação regressiva contra o funcionário, se houve culpa de sua parte. "In casu" não se caracteriza negativa de vigência da regra do art. 15 do Código Civil, nem tão pouco ofensa ao princípio do art. 105 da Lei Magna. Aferição de matéria de prova (sumula 279). Recurso extraordinário não conhecido. (STF, RE 70.121/MG, Rel. p/Acórdão DJACI FALCÃO, Tribunal Pleno, publicação DJ DATA-30.03.73 PP-EMENT Vol-00904-01 PP-00165 RTJ vol-00064-03 pp-00689); "Responsabilidade objetiva do Estado. Ato do Poder Judiciário. A orientação que veio a predominar nesta Corte, em face das Constituições anteriores a de 1988, foi a de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do S.T.F. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, RE 111609/AM, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, unânime, julgamento 11.12.1992, publicação DJ DATA-19.03.93 PP-04281 EMENT VOL-01696-02 PP-00346). A orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria é também dominante nos tribunais estaduais, como ilustram os acórdãos seguintes: "RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO — OCULTAÇÃO DE CADÁVER — PRISÃO PREVENTIVA — PROVA INSUFICIENTE — ABSOLVIÇÃO CRIMINAL — DANO MORAL — INOCORRÊNCIA — Indenização por dano moral contra o Estado. Ato de integrante do Poder Judiciário. Inviabilidade. É sabido que as decisões judiciais não podem ensejar ressarcimentos por eventuais danos acarretados aos litigantes ou terceiros. É incontroverso, em prol da coisa julgada, a liberdade dos magistrados, que não poderiam ficar a mercê de serem responsabilizados patrimonialmente pela indiscutida falibilidade humana de seus julgados. Todavia, o juiz é responsável por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de sua função, conforme estatui o art. 133 do CPC, enquanto que essa responsabilidade não se transmite e nem obriga ao Estado. Inocorrentes as hipóteses suso referidas, é induvidoso que o improvimento da apelação interposta é um imperativo legal. Apelação a que se nega provimento. (TJRJ — AC 8084/96 — Reg. 040997 — Cód. 96.001.08084 — Capital — 8ª C. Cív. — Rel. des. EDIL PEREIRA DA SILVA — J. 27.05.1997)"; "Indenização — Morosidade da Justiça — Agravos retidos não examinados — Suspeição — Responsabilidade civil — Nexo causal — Inexistência de responsabilidade do Estado. — Não se conhece dos agravos retidos, diante da ausência de pedido expresso

quanto a danos decorrentes de comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos do Estado-Juiz. A regra geral na matéria, segundo a jurisprudência amplamente majoritária, é a *responsabilidade pessoal do magistrado*, ancorada nas regras do direito civil, vale dizer, a *responsabilidade subjetiva e direta do agente público, exigente de demonstração da culpa*, referida em diversas disposições infraconstitucionais.

A *responsabilidade objetiva do Estado* é admitida apenas para as seguintes hipóteses:

a) erro judiciário em condenação penal (CF, art. 5º, LXXV, com duas ressalvas indicadas pelas legislação ordinária (CPP, art. 630): (a-1) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao condenado, como a confissão ou ocultação de prova em seu poder (hipótese em que há rompimento evidente do nexo de causalidade ligando o dano à ação ou omissão estatal) ou, ainda, *(a-2)* se a acusação houver sido meramente privada (hipótese de exclusão absurda e sem suporte constitucional, uma vez que o processo penal iniciado por acusação privada é também público e de responsabilidade do Estado);

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

É dizer: a jurisprudência nacional admite a responsabilidade objetiva e direta do Estado apenas na esfera criminal e para decisões definitivas, condenatórias, objeto de revisão penal. *Não cogita em admitir a* responsabilidade por negligência ou por demora na prestação jurisdicional, *nem reconhece a responsabilidade por erro judiciário no cível, nem responsabilidade por decisões não terminativas na esfera criminal ou por decretação indevida de prisão preventiva ou qualquer outra hipótese de responsabilidade por ação ou omissão na prestação jurisdicional.*[3]

de exame preliminar deles. — A suspeição deve ser argüida sob a forma de exceção, mediante petição iniciada com a indicação do juiz da causa, com referência às partes e ao processo a que se vincula, com narração precisa dos fatos que a comprovam. — Só ocorre a suspeição quando ocorrer algum dos motivos constantes dos arts. 134 e 135 do CPC. Nulidade rejeitada. — Onde não existe relação de causa e efeito entre o evento (dano) e a ação ou omissão que o produziu não há dever de ressarcir. — Os magistrados e membros do MP respondem pessoalmente por seus atos, quando houver dolo ou fraude e não o poder público por ato deles." (TJMG, Apelação Cível 143.725/0, Quarta Câmara Cível, julgamento 12 de agosto de 1999, Des. CAMPOS OLIVEIRA).

3 Existem precedentes de reconhecimento da responsabilidade do Estado por atuações administrativas dos órgãos do Poder Judiciário, bem como pela atuação de magistrados na jurisdição graciosa ou voluntária. São acórdãos antigos, referidos no estudo monográfico de João Nunes SENTO SÉ (*Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais*, ob. cit., pp. 49-50): "Somente o ato de caráter judiciário, e não um puramente administrativo como seja o limite imposto a provisão concedida para advogar pelo Presidente do Tribunal, é que isenta o Estado da responsabilidade civil" (STF, Ac. de 18.9.1940, publicada na RT 135, pág. 749; "Quando o ato é dos que se compreendem no exercício da jurisdição graciosa ou administrativa, sem a roupagem da '*res judiciata*', nada impede que se chame a contas o Poder Público, quando seu representante (a autoridade judiciária) exorbite de suas funções, abuse do seu poder, proceda contra o direito, ou falta a dever prescrito em lei" (TJSP, Ac. de 18.9.1941, publicada na RT 135, p. 680). No entanto, posteriormente, percebe-se um retrocesso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois o tribunal passa a sustentar que mesmo quando o magistrado cause dano antijurídico no exercício da

A jurisprudência nacional predominante tampouco admite a responsabilidade do Estado nas hipóteses já referidas em lei vigente como autorizadoras de responsabilidade pessoal, ou subjetiva, do juiz. Não admitem os tribunais brasileiros, sequer nesses casos determinados em norma específica, responsabilidade subsidiária ou responsabilidade concorrente do Estado. As hipóteses previstas na legislação nacional de responsabilidade subjetiva do magistrado *são consideradas hipóteses de* responsabilidade pessoal exclusiva, desconsiderando-se o fato de o magistrado atuar como órgão do Estado como agente seu, no exercício de competências públicas.[4]

Na legislação brasileira, a responsabilidade direta, pessoal e subjetiva dos magistrados encontra previsão em diversas normas. Merece destaque a norma expressa no *art. 133 do Código de Processo Civil*, repetida com pequenas variações no *art. 46 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC 35/1979)*, que admite inclusive a responsabilidade dos magistrados por demora na prestação jurisdicional. Nesta norma da lei adjetiva, declara-se a responsabilidade do magistrado quando:

a) no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

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

No segundo caso, o parágrafo único do art. 133 preceitua que a hipótese se determinará somente "depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias*".*

chamada jurisdição graciosa há imunidade plena do Estado, descabendo a responsabilidade civil (cf. STF, ac. de 19.4.1943, in Jurisprudência do STF, vol. 18, p. 123; Ac. de 9.12.1958, publicada em RDA 59, p. 335, e RF 194, p. 159).

4 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO oferece definição doutrinária precisa de órgão público: "Órgão são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado" (Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 106). A Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, dedicada a regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, enuncia, em seu art. 1°, § 2°., I, definição legal igualmente útil de órgão, porém restrita à esfera administrativa: órgão: a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta". O conceito de órgão público, qualquer que seja a sua esfera de aplicação, apresenta um denominador comum: a imputação direta e imediata dos atos praticados pelos titulares do órgão à responsabilidade da pessoa jurídica na qual a unidade de atribuição se encarta. A teoria do órgão é tributária do dogma da personalidade jurídica do Estado, segundo a qual o Estado é concebido como a personalização de uma coletividade nacional em dado território. Como simples feixe de competências, no entanto, o estado existe através de seus órgãos, sendo alguns deles estruturais e outros meramente instrumentais. Pela teoria orgânica, os servidores do Estado não são representantes do Estado, personagens alheia às competências que atualizam, mas veículos expressivos do Estado, sujeitos capazes expressar a vontade do Estado mediante ações ou omissões no plano empírico. Somente atuam como agentes públicos na condição de aturem como órgãos do Estado, habilitados por norma específica, cumprindo uma função determinada pela ordem jurídica. Conferir, entre outros, HANS KELSEN, *Teoria Geral do Direito e do estado*, Trad. Luis Carlos BORGES, São Paulo: Martins Fontes/Editora Universidade de Brasília, 1990, p. 193) e LOURIVAL VILANOVA, *Causalidade e Relação no Direito*, São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 168-196. Confrontar, ainda, com AGUSTIN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Parte Geral, 4ª ed, Buenos Aires; *Fundación de Derecho Administrativo*, 1997, p. XII-1-17, e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "*Apontamentos sobre a Teoria dos Órgãos Públicos*", In: RDP, n. 16, abr./jun., 1971.

Os argumentos mais utilizados para sustentar a *regra geral de irresponsabilidade do Estado no âmbito das atividades jurisdicionais são basicamente três*: (a) argumento da soberania; (b) argumento da coisa julgada; (c) argumento da independência e autonomia do Poder Judiciário.

O argumento da soberania tem sabor antigo e, de certo modo, repercute a velha teoria regaliana da imunidade do Estado. Segundo ela, o magistrado é órgão da soberania e, por isso, não pode responder por danos decorrentes do seu labor, sob pena de perda de sua soberana liberdade de decidir. Não haveria autêntica soberania onde houvesse responsabilidade. O argumento prova demais: fosse válido, também o Poder Executivo e o Legislativo, igualmente expressivos da soberania do Estado, não responderiam pelos danos produzidos e a irresponsabilidade constituiria a regra geral. Ademais, como é evidente, soberano pode ser o Estado brasileiro, nunca de modo especial ou exclusivo o Poder Judiciário, órgão que deve subordinação ao sistema de freios e contrapesos inerente ao princípio da divisão dos poderes.

O argumento da coisa julgada igualmente não merece acolhimento, pois se é verdade que não se pode manter no sistema ao mesmo tempo duas decisões judiciais contraditórias referentes a uma mesma situação de fato, ele não permite explicar a razão de se recusar a responsabilidade quando já elidida a coisa julgada em rescisória ou a razão de não se reconhecer a pretensão indenizatória contra decisões judiciais sem eficácia de coisa julgada, a exemplo das decisões interlocutórias.

O argumento da independência e autonomia do Poder Judiciário tampouco parece consistente. Em diversos países, a exemplo da Alemanha, França, Polônia e Áustria, para dar-se consecução ao objetivo de preservar a autonomia e a liberdade de decidir dos magistrados, o que se tem excluído é a responsabilização da pessoa do magistrado, não a do Estado. O fundamento dessa orientação é simples: entregar o juiz a demandas diretas das partes, ao revés de preservar a sua autonomia, é hoje considerado fator de desestabilização e inquietação considerável. Nestes países, ao contrário do que ocorre entre nós, o Estado tem assumido a responsabilidade exclusiva perante o cidadão, faltando a este a possibilidade de representar diretamente contra o magistrado. Apenas o Estado, *a posteriori*, segundo regras de responsabilidade subjetiva estrita, pode responsabilizar regressivamente o magistrado. Com efeito, tem-se acentuado que nos países de responsabilidade concorrente, que admitem tanto a responsabilidade direta do magistrado quanto à do Estado, há menos cuidado com a autonomia do Poder Judiciário. além disso, a responsabilização exclusivamente pessoal do magistrado facilmente se converte em irresponsabilidade: além da dificuldade na demonstração de culpa pessoal do magistrado, dificilmente os autores encontrarão nos magistrados um patrimônio solvente, capaz de suportar indenização de monta.

Na doutrina brasileira, o entendimento sobre a questão em tela é radicalmente distinto do adotado pela jurisprudência nacional. Em síntese, pode-se resumi-lo nas teses seguintes:

a) o art. 37, § 6°, da Constituição refere ao comportamento dos agentes públicos de qualquer dos Poderes da República, sem qualquer ressalva quanto a danos provocados em decorrência do exercício da jurisdição;[5]

5 Existem autores que firmam, neste ponto, entendimento próximo ao adotado na jurisprudência nacional, HELY Lopes MEIRELLES, por exemplo, sustenta que a expressão "agentes públicos",

b) a previsão da responsabilidade do Estado não elide a responsabilidade pessoal do agente público, incluindo-se entre estes os magistrados;

c) a coisa julgada não impede o reconhecimento da responsabilidade, exigindo-se, apenas, a prévia desconstituição da coisa julgada;

d) a autonomia do Poder Judiciário e a soberania do Estado não justificam a imunidade do Poder Judiciário em termos de responsabilidade extracontratual objetiva;

e) responde o Estado por lesões especiais tanto ao patrimônio material quanto moral dos indivíduos.

Não é preciso fazer qualquer esforço para saber que aderimos completamente às teses indicadas, atualmente dominantes na doutrina brasileira[6] e igualmente pres-

constante do art. 37, § 6°, da Constituição Federal diz respeito apenas aos "agentes administrativos", descabendo aplicá-la aos magistrados, designados pelo autor como "agentes políticos" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 24ª ed., atualizada por EURICO AZEVEDO, DÉLCIO ALEIXO e JOSÉ BURLE FILHO, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 591). Não encontramos suporte algum para a tese do ilustre autor. Na Constituição Federal, a seção relativa às normas gerais da administração pública contém dispositivos de alcance geral, abrangente de todos os agentes públicos do Estado, ou restrita aos agentes públicos como vínculo profissional como o Estado, sem limitação a referirem apenas aos servidores públicos. Nesta categoria de normas abrangentes, referimos as normas sobre concurso público, sobre a fixação de limites máximos de remuneração, sobre a proibição de superposição de gratificações, entre outras. Neste conjunto de disposições, inclusive pela forma abrangente de sua redação, deve ser incluída a norma enunciada no art. 37, § 6°. DIÓGENES GASPARIN também adota posição restritiva, considerando a regra a "irresponsabilidade do Estado" perante ato jurisdicional, sob o fundamento de ser o Poder Judiciário soberano, bem como por não serem os juízes servidores públicos, devendo agir com "independência e sem qualquer preocupação quanto a seus atos ensejarem responsabilidade do Estado" (*Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 805).

6 Cf., especialmente, JOÃO SENTO SÉ, *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais*, São Paulo: Bushatisky, 1976; JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987; RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional no Brasil*, In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 9(1), nov., 1993, pp. 16-40; WEIDA ZANCANER, *Responsabilidade Estracontratual da Administração Pública*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1981; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 775-820; JOSÉ AUGUSTO DELGADO, *A demora na Entrega da Prestação Jurisdicional — Responsabilidade do Estado — Indenização*, In: Revista Trimestral de Direito Público 14, pp. 248-266; JUAREZ FREITAS, *Da responsabilidade Extracontratual do Estado e das Pessoais Jurídicas Prestadoras de Serviço Público*, in: do autor, Estudos de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 118-120; ALMIRO DO COUTO SILVA, *A Responsabilidade Extracontratual do Estado no Direito Brasileiro*, in: RDA 202, out./dez, 1995; EGON BOCKMANN MOREIRA, *Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*, São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 106-121; RUI STOCO, *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994; YUSSEF SAID CAHALI, *Responsabilidade Civil do Estado*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995; JURACY C. SILVA, *A Responsabilidade do Estado por Atos Judiciários e Legislativos*, São Paulo: Saraiva, 1985; CARLOS ARI SUNDFELD, *Fundamentos de Direito Público*, 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1998; RENAN MIGUEL SAAD, *O Ato lícito e a Responsabilidade Civil do Estado; doutrina e jurisprudência*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994, pp. 78-89; AUGUSTO DO AMARAL DERGINT, *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*, São Paulo: RT, 1994; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Responsabilidade do Estado por*

tigiadas, em termos gerais, na literatura estrangeira.[7]No passado, antes da Constituição Federal de 1988, elas construíram teses de vanguarda[8], mas hoje parecem defluir da imediata inteligência do sistema constitucional. Infelizmente, no entanto, esse entendimento doutrinal não tem encontrado repercussão na jurisprudência, como ressaltado diversas vezes, o que torna a matéria exemplo útil para referir a distância entre os direitos nos livros (law in books) *e o direito em ação (*law in action).[9]

Atos Jurisdicionais, In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar. Vol. 198, out/dez 1994; LUIZ ANTONIO SOARES HENTZ, *Indenização do Erro Judiciário*. São Paulo: LEUD: 1995; MARIA EMÍLIA MENDES DE ALCÂNTARA, *Responsabilidade do Estado por Atos Legislativos e Jurisdicionais*, São Paulo: RT, 1988; EDMIR NETTO ARAÚJO, *Responsabilidade por Ato Jurisdicional, Responsabilidade por Ato Jurisdicional*, São Paulo: RT, 1981; EDITE MESQUITA HUPSEL, *A Responsabilidade do Estado-Juiz (relatório de tese)*, In: RPGE, Salvador: 21:41-62, jan.derz, 1995; MÁRIO MOACYR PORTO, *Responsabilidade do Estado pelos atos de seus juízes*, In: Revista dos Tribunais n. 563, setembro, 1982; CRETELLA JÚNIOR, *Responsabilidade do estado por Atos Judiciais*, In: Revista de Direito Administrativo (RDA) 99:13-32, jan./mar. 1970.

7 Confira-se, por exemplo, os livros de JUAN MONTERO AROCA, *Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la Actuacion del Poder Judicial*: Tecnos, 1988; MAURO CAPPELLETTI, Juízes Irresponsáveis? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabri Editor, 1989; RIÓNSARES LÓPEZ MUÑOZ, *Dilacviones indebidas y responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia*, Granada: Comarca, 1996l; ANDRES JIMENEZ RODRIGUEZ, *La Responsabilidad del Estado por el Anormal Funcionamento de la Justicia, Granada: Impredisur*, 1991; José JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *O Problema da Responsabilidade do Estado por Atos Lícitos*. Coimbra, Livraria Almedina, 1974; LUÍS GUILHERME CATARINO, *A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça: o erro judiciário e o anormal funcionamento*, Coimbra: Almedina, 1999; JOSÉ MARIA REYES MONTERREAL, *La Responsabilidad del Estado por Error y Anormal Funcionamiento de la Administración de Justicia*, 2ª ed., Madrid: Colex, 1995.

8 JOÃO NUNES SENTO SÉ, um dos maiores estudiosos do tema, meu saudoso ex-professor de direito administrativo na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, resumiu a questão também sobre a forma de teses didaticamente ordenadas, nos seguintes termos: "I — o Estado é responsável civilmente pelos atos dos juízes (CF, art. 107); II — Tal responsabilidade pode decorrer da culpa pessoal do juiz, ou da culpa anônima do serviço judiciário, e pode também existir mesmo sem culpa; III-A responsabilidade estatal alcança sempre os atos não jurisdicionais, isto é, atos do juiz sem força de sentença. No tocante aos atos jurisdicionais, ou os julgamentos propriamente ditos, a responsabilidade estatal também se configura, embora em condições mais restritas. IV — A irresponsabilidade civil do Estado por atos judiciais é um princípio injusto, enraizado na jurisprudência, e deve ser banido do direito brasileiro. Por isso propomos a inclusão, na nova Constituição do Brasil, de um artigo prevendo expressamente a responsabilidade civil do Estado por 'erro judiciário' e por 'funcionamento defeituoso do serviço judiciário'. Posteriormente, a doutrina e a jurisprudência, desenvolvendo e construindo o texto constitucional, encontrarão a solução sábia, prudente e equilibrada para a controvertida matéria" (Sobre a *Responsabilidade Civil do Estado-Juiz*, Separata da exposição do autor no Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, Minas Gerais, agosto de 1986, p. 21).

9 São raros os julgados que escaparam do lugar-comum jurisprudencial e admitiram, com abertura, a responsabilidade do Estado-Juiz fora das hipótese referidas expressamente pelo legislador. Recordo apenas três julgados. O primeiros, do Supremo Tribunal Federal, não admitiu a responsabilidade objetiva do Estado por ato ou omissão na prestação jurisdicional, mas a reconheceu quando

3. Propostas de alteração legislativa — Reforma do poder judiciário

É verdade que essa orientação jurisprudencial tradicional poderá, em breve, sofrer uma radical alteração. Recentemente, foi aprovada em primeiro turno da Câmara dos Deputados, mais precisamente em 13 de março do ano em curso, a Proposta de Emenda Constitucional nº 96/92, também denominada Reforma do Poder Judiciário, onde consta, expressamente, cláusula geral específica relativa à responsabilidade objetiva do Estado por danos que juízes causarem no exercício de suas funções jurisdicionais.[10]

Enuncia dispositivo aprovado em primeiro turno:

"Art. 95. .....".

§ 4º A União e os Estados respondem pelos danos que os respectivos juízes causarem no exercício de suas funções jurisdicionais, assegurando o direito do regresso nos casos de dolo."

se pudesse provar dolo ou culpa, ainda que anônima, do serviço, vencidos os Ministros ADALÍCIO NOGUEIRA e ALIOMAR BALEEIRO, que defendiam aplicação da responsabilidade objetiva: "Ação Criminal Privada. Demora no seu andamento. A atividade jurisdicional do Estado, manifestação de sua soberania, só pode gerar a responsabilidade civil quando efetuada com culpa, em detrimento dos preceitos legais reguladores da espécie" (STF, RE n. 32.518-RS, Julgado em 21.6.66, publicado na RTJ 39/190 e RF 220/105). Posteriormente, como frisado, houve retrocesso na Suprema Corte, recusando-se a responsabilidade do Estado em qualquer hipótese, ressalvadas as expressamente indicadas pelo legislador (conf., v.g., STF, RE 70.121-MG, Rel. Min. DJACI FALCÃO, julgado em 13.10.1971, publicado na RDA 114, pp. 298-328, out./dez, 1973). O segundo julgado, mais recente, reconhecendo responsabilidade do Estado por omissão ilegal do magistrado, recebeu ementa singela: "Ação de indenização contra em razão de dano irreversível causado à parte por virtude de omissão ilegal verificada em ato jurisdicional. Inteligência do Art. 37, XXI, parágrafo 6º., da Constituição Federal de 1988." (TJRJ, Ap. Civ. 4.154/90 — Ac da 4ª Câmara Cível em 27 de agosto de 1991, Rel. Des. Antônio de Castro ASSUMPÇÃO, *in: Adcoas Jurisprudência*, 1992, n. 136.011). O terceiro, relatado por um dos estudiosos do tema entre nós, foi assim ementado: "Responsabilidade civil da União por decisão judicial. Inexistência de causa fática a determinar. 1. A responsabilidade civil do Estado pela prática de ato judicial só ocorre quando há demonstração inequívoca de que o dano produzido decorreu de decisão teratológica, e foi provocado por vontade dolosa do julgador ou decorrente de mau funcionamento do serviço ou omissão de praticar fatos a que o poder público estava obrigado. 2. Concessão de liminar em ação possessória não gera, em tese, direito de ser a parte prejudicado indenizada dos danos sofridos, só por a decisão ter sido reformada. (TRF5, DJ 27.9.93, Relator: Juiz JOSÉ DELGADO).

10 No curso deste ano a tramitação da Reforma do Judiciário foi a seguinte: (a) aprovação pelo Plenário da Câmara dos Deputados do texto principal do substitutivo apresentado pela Relatora Deputada ZULAIÊ COBRA, ressalvados os destaques (19.01.00); (b) iniciada votação dos destaques e emendas aglutinativas pelo Plenário da Câmara dos Deputados (25.01.00); (c) conclusão da votação do substitutivo em primeiro turno na Câmara dos Deputados (12.04.00); (d) aprovação da redação consolidada do substitutivo pela Comissão Especial para encaminhamento da votação em segundo turno (16.05.00); (e) aprovação pelo Plenário da Câmara dos Deputados do texto principal em segundo turno e início da votação dos destaques de bancada, em número de quinze (31.05.00); (f) conclusão da votação da Proposta de Emenda, com aprovação da redação final pelo Plenário da Câmara dos Deputados (07.06.00). Em 30.06.00 a Proposta de Emenda Constitucional sobre Reforma do Judiciário foi enviada ao Senado, passando a receber outra numeração (PEC 29/00).

Sobremais, para o tema que nos interessa mais de perto, dispõe o exto aprovado:

Art. 95. .....

§ 2º O juiz perderá também o cargo por decisão do Conselho Nacional de Justiça, tomada pelo voto de três quintos de seus membros, nos casos de:

II — *negligência e desídia* reiteradas no cumprimento dos deveres do cargo, arbitrariedade ou abuso de poder;

É óbvio que, se a negligência e a desídia são qualificadas como causa de perda de cargo do magistrado, são reconhecíveis também como comportamentos antijurídicos e, se causarem dano efetivo e especial, ensejarão a responsabilidade do Estado.

Ressalte-se, por fim, que a referida proposta de emenda constitucional, em termos expressos, reconhece a todo cidadão brasileiro o direito subjetivo à "razoável duração do processo", *in verbis*:

"Art. 5º .....".

LXXVIII — a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

É óbvio que a proclamação expressa do direito à "razoável duração do processo", embora não traduza direito rigorosamente novo, tem como contraface lógica o dever do Estado de prover "meios que garantam a celeridade" na tramitação dos processos, tanto na esfera administrativa quanto na esfera jurisdicional. A demora desarrazoada ou excessiva do processo traduz *omissão antijurídica*, violadora do dever de celeridade e *eficácia* que deve cercar a atividade processual administrativa e judicial.

É importante tratar, no entanto, mais de perto, a questão da omissão e, em especial, a forma de responsabilização pela omissão antijurídica que aqui vem denominada como *demora na prestação jurisdicional.*

4. Responsabilidade do estado por comportamentos omissivos, em especial pela demora na prestação jurisdicional

O sistema brasileiro de responsabilidade extracontratual do Estado, ancorado no texto expresso do art. 37, § 6º, da Constituição da República, prescinde da idéia de culpa como fundamento da obrigação de indenizar. Mas é freqüente que esse dado elementar seja desconsiderado. Fala-se amiúde em "compensação de culpas", quando no regime objetivo caberia apenas indagar sobre ausência de vínculo causal ou de concorrência de causas.[11] É freqüente também a invocação da responsabilidade objetiva acompanhada de motivação nitidamente subjetivista. É falha leve, especialmente se consideramos a amplitude do reconhecimento obtido pela responsabilidade objetiva ao longo deste século na jurisprudência e na doutrina brasileiras.

11 SILVA, Almiro do Couto, com acuidade, anota o fato, tecendo comentários oportunos no artigo *A Responsabilidade Extracontratual do Estado no Direito Brasileiro*, cit., p. 24 e segs.

Em termos sintéticos, o regime vigente da responsabilidade do Estado recebe na doutrina mais acatada uma tradução que pode ser resumida em algumas teses básicas:

a) a responsabilidade do Estado alcança tanto atos quanto omissões lesivas;

b) a responsabilidade do Estado não distingue atos lícitos ou ilícitos, desde que o dano produzido seja antijurídico, efetivo, individualizado e passível de apreciação econômica;

c) a responsabilidade por omissão traduz modalidade de responsabilidade por comportamento ilícito, uma vez que a omissão causadora de dano é apenas aquela violadora de normas exigentes de ação ou impositivas de um dever de cuidado por parte dos poderes públicos;

d) o Estado também responde por fato da natureza ou ato de terceiro quando houver assumido na gestão pública um risco extraordinário, e a admissão desse risco produzir dano especial, como ocorre com explosões de depósitos de armas públicos decorrentes de raios;

e) a responsabilidade do Estado é objetiva dispensando indagação sobre, falta ou culpa quanto aos comportamentos comissivos do Estado; será subjetiva, por carecer de prova da violação do dever de agir e de cuidado, diante do caso concreto, nos casos de omissões antijurídicas;

f) a responsabilidade do Estado é concorrente no Brasil, sendo possível ao lesado acionar diretamente o Estado, em termos objetivos, ou diretamente o agente público, mas neste caso à luz da responsabilidade subjetiva (esta última, a rigor, não traduz modalidade de responsabilidade do Estado, mas simples responsabilidade civil comum);

g) a responsabilidade, por fim, é integral, em termos jurídicos, porque a indenização cabível não é limitada a um *quantum* máximo determinado.

Nota-se, porém, forte tendência doutrinária no sentido de alterar o acento tônico do problema indenizatório. Prega-se abertamente a substituição da perspectiva tradicional, centrada na ação do sujeito responsável (ação licita, ilícita, culpável etc), por uma orientação focada na caracterização do *dano ressarcível* (antijurídico, especial, anormal, desequilibrador das cargas públicas). Neste contexto, sem dúvida, diminui de importância a indagação sobre quem causa o dano e salienta-se sobretudo a antijuridicidade, a especialidade e a gravidade do dano.[12]

12 Para uma expressiva corrente doutrinária, porém, a análise da situação jurídica do lesado é dado decisivo quando se tratar da responsabilidade do Estado por comportamentos comissivos, mas não quando se tratar de responsabilidade por comportamentos omissivos. Nesta última, segundo orientação capitaneada pelo Prof. Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, deve-se proceder a uma análise detida das características da omissão para precisar eventual responsabilidade do Estado (conf., do autor, Curso de Direito Administrativo, ob. cit., p. 797-8). Em sentido contrário, confira-se a lição de WEIDA ZANCANER (*Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*, ob. cit., pp. 42-47; 55-56; 62 e segs.), entusiasta da "revolução copernicana" no instituto da responsabilidade do Estado, consistente em considerar a responsabilidade à luz do dano e não da conduta do agente. Na literatura estrangeira, na linha de frente dessa orientação, consulte-se, entre outros, o Prof. Eduardo Garcia de ENTERRÍA (Cf. *Curso de Derecho Administrativo*, em co-autoria com Prof. Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, oitava edição, Madrid: Editorial Civitas, 1998).

O dano ressarcível deve ser caracterizado de forma simples:

a) prova de prejuízo objetivo, real, efetivo, avaliável em termos patrimoniais;

b) prova de prejuízo especial, individualizado, de sacrifício desigual, singular, com particular incidência danosa sobre a esfera jurídica do lesado;

c) demonstração de antijuridicidade objetiva, vale dizer, de inocorrência do dever de suportar o dano por parte do lesado;

d) possibilidade de imputação dos danos à ação ou omissão do Estado ou de terceiros em atuação delegada;

e) ausência de causas de exoneração da responsabilidade admitidas em direito.

Sob esse novo prisma, por igual, parece evidente a possibilidade de ocorrência da responsabilidade do Estado por demora na prestação jurisdicional.

A questão, no entanto, não é tão simples. Para responsabilizar pela demora é necessário adotar um padrão ou parâmetro que aparte a "demora justificadora" e a "demora excessiva", anômala, inescusável e negada pelo direito. Se o parâmetro for elevado, corre-se o risco de uma generalização artificial da responsabilidade civil do Estado. O legislador deve fixar parâmetros objetivos. São os prazos processuais esses parâmetros? O excesso de demanda e a complexidade anormal de demandas, a carência eventual de pessoal, altera o padrão de qualidade exigível?

Sugere-se no enfrentamento dessas questões uma leitura diversa da tradicional. Parece útil, na omissão, valorizar a caracterização do dano ressarcível, mas também propugnar uma análise mais detida da relação causal[13]

13 No tema do nexo de causalidade, a jurisprudência dominante entre nós adota a teoria do dano direto e imediato ou da interrupção do nexo causal. Vale dizer, exige que o dano seja efeito necessário (direito e imediato) de comportamento estatal, comissivo ou omissivo, não admitido a responsabilidade quando, para produção do dano, haja concausa sucessiva. A questão é tratada nos tribunais superiores como matéria de direito, *relativa a* qualificação de fatos, não se confundindo com o exame de prova ou com a perquirição da verdade de fatos. O *leading case* sobre a matéria no Supremo Tribunal Federal foi o acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 130.764, relatado pelo Min. MOREIRA ALVES: "RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO DECORRENTE DE ASSALTO POR QUADRILHA DE QUE FAZIA PARTE PRESO FORAGIDO VARIOS MESES ANTES. — A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6, do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros. — Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. — No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, é inequívoco que o nexo de causalidade inexiste, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6, do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos

É freqüente o emprego no direito administrativo, ao contrário do que ocorre em outros âmbitos do direito público, de um conceito naturalístico de causa em tema de responsabilidade civil do Estado.[14] A causa não é vislumbrada sob um ponto de vista jurídico, mas sob um ponto de vista de alterações empíricas operadas na sucessão do tempo. No entanto, em direito, a omissão não se confunde com um não-ato, traduz um fato jurídico, concretizador de hipótese normativa, servindo perfeitamente como suporte para a responsabilidade civil do Estado.[15]

da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido." (STF, RE 130.764/PR, Rel. Min. MOREIRA ALVES, julgamento 12.05.1992, Primeira Turma, publicação DJ DATA-07.08.92 PP-11782 EMENT VOL-01669-02 PP-00350 RTJ VOL-143-01/PP-270). Conferir também os acórdãos seguintes: "RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LATROCÍNIO PRATICADO POR PRESO FORAGIDO, MESES DEPOIS DA FUGA. Fora dos parâmetros da causalidade não é possível impor ao Poder Público uma responsabilidade ressarcitória sob o argumento de falha no sistema de segurança dos presos. Precedente da Primeira turma: RE 130.764, Relator Ministro MOREIRA ALVES. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, RE172025/RJ, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, Julgamento: 08.10.1996, Unânime, Publicação: DJ DATA-19.12.96 PP-51791 EMENT VOL-01855-06 PP-01042); "RESPONSABILIDADE OBJETIVA — ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO — EXCLUSÃO DESSA RESPONSABILIDADE — A responsabilidade objetiva, inclusive a das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado a que alude o artigo 37, § 6º, da atual Constituição, é excluída ou atenuada quando a causa do dano decorre exclusivamente da ação da vítima, ou quando há concorrência de causas, em função, no primeiro caso, da ausência do nexo de causalidade na ocorrência do dano para determinar a responsabilidade daquelas pessoas jurídicas, ou, no segundo caso, na causalidade concorrente para a verificação do dano. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido. (STF - RE 209.137-5-RJ-1ª T. — Rel. Min. MOREIRA ALVES —Unânime — DJU 05.02.1999, p. 29)

14 O sintagma "causa" recebe também outras conotações. Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, tratando do pressuposto lógico dos atos administrativos, firme em André Gonçalves PEREIRA, emprega a voz causa para designar "a correlação lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato em função da finalidade tipológica do ato" administrativo (*Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 350). Não é com este conteúdo, à evidência, que o termo causa vem empregado neste texto

15 A causalidade no direito é causalidade normativamente estabelecida. Ao antecessor (causa) não se segue necessariamente o sucessor (efeito). No sistema jurídico, dado o fato jurídico deve ser a conseqüência que lhe corresponde. Trata-se de relação normativa, prescritiva ou deôntica, distinta do seu correspondente empírico. Ademais, a causalidade normativa pode ocorrer independente da causalidade natural ou física. No plano jurídico, por exemplo, a omissão pode ser qualificada como antecedente causal para um conseqüente normativo. No plano natural, a omissão não constitui causa eficiente de efeito qualquer, por traduzir um não-fazer. No entanto, a omissão é juridicamente relevante toda vez que existir dever jurídico de impedir resultado e possibilidade razoável de evitá-lo. A omissão ingressa na hipótese da norma de responsabilidade como suporte fático valorado, *como conceito empírico acrescido de valoração, não como puro componente da série infinita dos fatos sociais. Havendo dano antijurídico, que não se está obrigado a suportar, causado por omissão, há fato jurídico suficiente para deflagração da responsabilidade do Estado. Cf., entre outros, LOURIVAL VILANOVA, Causalidade e Relação no Direito*, São Paulo: Saraiva, 1989, pp.

A omissão que interessa na responsabilidade extracontratual objetiva é a que constitui requisito direto da obrigação de indenizar. É a omissão antijurídica, a omissão percebida não como fato natural, mas como fato jurídico relevante para a produção de lesão ressarcível. Essa omissão inclui e embute a violação do dever de observar a conduta legal obrigatória, o que pode traduzir-se em culpa ou consciência na contrariedade ao dever de cuidado exigido, para configurar como causa jurídica do dano, vale dizer, elemento indispensável para a formação do nexo de causalidade.

Noutro dizer: a relação de causalidade na omissão danosa é peculiar: pressupõe violação do dever de agir ou de cuidado e, conseqüentemente, embute sempre alguma manifestação de culpa (objetiva ou subjetiva) ou o desvalor da realização de um resultado inadmissível. Esse fato, no entanto, não importa em exigir do administrado a prova de culpa, ou em excepcionar a norma constitucional enunciada no art. 37, § 6°, da Constituição da República, mas em reconhecer do Estado a possibilidade de exonera-se da responsabilidade quando não tenha se demonstrado a violação do dever de vigilância ou cuidado. A responsabilidade também é objetiva, mas a escusa ocorre com a demonstração do rompimento do nexo causal, vale dizer, com a demonstração do atendimento razoável dos deveres sintetizados na norma de competência ou com a demonstração da existência de concausas.

É interessante perceber uma fratura interna no discurso doutrinário sobre o tema. Ao tratar da responsabilidade por "fato de coisa", vale dizer, a responsabilidade por risco em sentido estrito, nos quais a administração é convocada a responder por danos causados pela guarda de pessoas ou coisas perigosas (prisioneiros, explosivos, linhas de transmissão de energia, artefatos militares), independentemente de qualquer atuação comissiva de agentes públicos, é firme a doutrina em considerar objetiva a responsabilidade do Estado por danos que venham a ser produzidos.[16] É a hipótese,

30-1. O art. 13 do Código brasileiro encerra conceito de causa que explicitamente refere aos comportamentos omissivos: "considera-se causa a ação ou omissão, sem a qual o resultado não teria ocorrido". A noção de causa, em qualquer ramo do direito, não é conceito natural, mas jurídico, normativo. Na mesma trilha, assentou o Supremo Tribunal Federal: "A causalidade, nos crimes comissivos por omissão, não é fática, mas jurídica, consistente em não haver atuado o omitente, como devia e podia, para impedir o resultado." (STF, RHC-63428/SC; Rel. Min. CARLOS MADEIRA, DJ de 14.11.85, p. 20567).

16 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO trata do tema sob rubrica mais precisa do que a usual: "danos dependentes de situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória". A expressão é exata, como bem anota o autor, porque além da hipótese de guarda, pelo Estado, de pessoas ou coisas perigosas, com exposição de terceiros a riscos, há situações diversas, nas quais o Poder Público também expõe terceiros a situações perigosas, onde o risco de dano é integralmente suportado pelo Estado. O exemplo dado pelo autor é didático: "acidente de trânsito causado por sinal semafórico que acende concomitantemente para os dois ângulos de cruzamento (ainda que o defeito se deva a curto-circuito provocado há poucos segundos por um raio incidente sobre o sistema central de controle dos semáforos). Não há cogitar, aqui, diz, de 'falta de serviço' para cuja composição seria necessária a culpa ou dolo do Poder Público. Com efeito, em situações deste jaez aplica-se a responsabilidade objetiva, pois o Estado expôs terceiros ao risco oriundo do acatamento do sinal luminoso" (ob. cit., p. 802). O exemplo do mestre não é puramente acadêmico. Confiram-se os arestos seguintes: "Colisão de veículos em decorrência de defeito de semáforo — Omissão da Administração em tomar as providências necessárias ao restabelecimento da segurança do tráfego

por exemplo, de danos nucleares causados com independência de atuação humana direta, como, por exemplo, aqueles decorrentes de acidentes naturais que afetem usinas, vazamentos por desgaste de peças, entre outras hipóteses. É o caso, também, de explosões de armazéns de armas militares decorrente de raio, que provoque dano na circunvizinhança. Em todas essas hipóteses, é praticamente unânime a admissão da responsabilidade objetiva.[17] Vale dizer, nesses casos, seja por fato da natureza seja por omissão do agente encarregado de manter terceiros em segurança, haverá responsabilidade objetiva do Estado, independente da existência ou prova de culpa.

No entanto, quando se trata de mera omissão, fora das hipóteses de risco excepcional assumido por fato da coisa, mas fora também das hipóteses de dano decorrente de acontecimento natural irresistível, a responsabilidade é dita subjetiva.[18] Neste caso, em princípio, o administrado deveria oferecer prova liminar da culpa de agente do Estado para haver possibilidade jurídica do processo indenizatório.[19]

Essa última conseqüência marca a distinção entre a responsabilidade objetiva e subjetiva. Enfatiza o eminente AGUIAR DIAS, adotando opinião de JOSSERAND, que "a variação dos sistemas de responsabilidade civil se prende precipuamente à

— Indenização devida" (RT, 636:161). "Acidentes de trânsito em virtude de falta de sinalização em pista rodoviária — Indenização devida pelo DER — Ocorrido o acidente por falha exclusiva do serviço público, que mantinha pista defeituosa e sem sinalização adequada, responde a autarquia encarregada desse mister administrativo pelos prejuízos causados" (TR, 606:133; JTACSP, Revista dos Tribunais, 100:86).

17 *No dano ambiental, como é notório, há previsão constitucional expressa (CF, art. 21, XXIII, c).*

18 Nem sempre é simples isolar a hipótese de responsabilidade decorrente de "situação produzida pelo Estado diretamente propiciatória" das situações de "simples omissão de dever jurídico". Confira-se, como ilustração, a situação referida no aresto seguinte: "RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO — HOMICÍDIO — MORTE DE DETENTO EM PENITÊNCIARIA — CULPA *IN VIGILANDO* — RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO — ART. 37 — § 6° — CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 — DANO MORAL — INDENIZAÇÃO — RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO — Ação proposta por companheira e filhos de detento assassinado, juntamente com outros, no interior do Presídio HELIO GOMES, onde cumpria pena, por penitenciários integrantes do chamado COMANDO VERMELHO, durante motim que teria colhido de surpresa a administração. A ação, a que alude o artigo 37 § 6°, da Constituição da República engloba tanto a conduta comissiva como a omissiva. Se a responsabilidade objetiva do Estado não se confunde com a teoria do risco integral, ficará ele isento de indenizar se o fato houver ocorrido por ato de terceiro ou em decorrência de fenômeno da natureza. Mas a formação, dentro do presídio, de um grupo criminoso revela ao menos omissão dos agentes administrativo e, assim, o motim não se reveste dos requisitos da imprevisibilidade e irresistibilidade. A omissão da Administração, destarte, situa-se no nexo de causalidade, de maneira a acarretar a incidência do artigo 37, § 6°, da Constituição, o que enseja a procedência do pedido indenizatório quanto ao dano moral, já que indemonstrada a ocorrência de lesão patrimonial. (TJRJ — AC 5494/96 — Reg. 170497 — Cód. 96.001.05494 — Capital — 5ª C. Civ. — Rel. Des. HUMBERTO MANES — J. 04.03.1997).

19 Essa sistemática, no entanto, não é adotada pelo direito positivo. Recorde-se que uma das hipóteses expressas de responsabilidade civil do Estado por atividade jurisdicional é relativa a uma omissão danosa: a permanência do réu preso além do tempo previsto na sentença (CF, art. 5°, LXXX).

questão da prova. Mais precisamente, ao problema da distribuição do ônus probatório"[20]. MAZEAUD E MAZEAUD, citado pelo mesmo autor, diz que "em muitos casos, por a prova a cargo da vítima é recusar-lhe qualquer reparação."[21]

Os autores que adotam a concepção subjetiva da responsabilidade do Estado nos casos de omissão freqüentemente admitem, para atenuar as conseqüências da exigência de prova de culpa dos afetados pelo dano antijurídico, a inversão no ônus da prova e a *presunção de culpa* da administração ante dano a esfera jurídica protegida dos administrados. Trata-se de construção artificial, pragmática, para contornar a iniqüidade manifesta de exigência de prova preambular de culpa individual de agente público ou anônima da administração para o cabimento da ação ressarcitória.

Sustentamos entendimento diverso. Nos casos de omissão, de que decorra dano imputável ao Estado, ao prejudicado incumbe provar apenas a efetividade, a especialidade e antijuridicidade do dano sofrido e o vínculo de imputação entre inação estatal e o dano causado. Não se lhe deve exigir a prova da extensão do dano, precisando o *quantum* devido, pois essa parte é objeto da liquidação, nem a prova de descumprimento do dever de cuidado que qualifica a omissão como antijurídica. Cabe-lhe simplesmente provar a efetividade e ilegitimidade do dano suportado e o vínculo que o liga ao Estado, não sendo suficiente a mera alegação de comportamento antijurídico da administração. Há ilegalidades que não produzem dano efetivo, vale dizer, diminuição especial do patrimônio do agente que sofreu a infração; neste casos pode caber a responsabilização funcional do agente, mas não a responsabilidade patrimonial do Poder Público. A violação de um prazo processual pelo Estado-Juiz, por exemplo, nem sempre pode ser qualificada isoladamente como omissão decorrente "mau funcionamento do serviço judiciário" ou incluída no conceito de "denegação de justiça".

O direito a prazo razoável na prestação jurisdicional, que o projeto de reforma do Poder Judiciário quer exaltar, expressa obrigação que exige ponderação das circunstâncias do caso concreto. Nem toda violação de prazo processual caracteriza um dano ressarcível para efeitos indenizatórios. A violação de prazo processual é indício de omissão antijurídica, mas não traduz elemento de caracterização suficiente. A complexidade da demanda, objetiva e subjetiva, a conduta dilatória das partes, as dificuldades técnicas de comunicação dos atos processuais, por exemplo, são ocorrências que podem conduzir a inviabilidade prática de fiel cumprimento dos prazos legais.

É preciso cautela e cuidado quando se trata de discutir a responsabilidade do Estado por demora na prestação jurisdicional.[22] Mas tampouco se pode adotar, na

20 Responsabilidade Civil, ob. cit., p. 100.

21 Responsabilidade Civil, ob. cit., p. 101.

22 José Gomes CANOTILHO, defendendo embora a tese da responsabilidade do Estado-Juiz, revela-se particularmente prudente: "Sob pena de se paralisar o funcionamento da justiça e perturbar a independência dos juízes, impõe-se aqui um regime particularmente cauteloso, afastando, desde logo, qualquer hipótese de responsabilidade por actos de interpretação de direito e pela valoração

matéria, concepção negativa, recusando *a priori* a possibilidade de indenização por ações ou omissões danosas decorrentes do exercício da função jurisdicional.

São variadas as hipóteses que podem ser figuradas como situações paradigmáticas ensejadoras de responsabilidade do Estado na esfera da prestação jurisdicional ou diretamente relacionadas à atividade judicante: (a) danos decorrentes de algumas das hipóteses referidas como justificadoras de ação rescisória (CPC, art. 485): decisão com ofensa à coisa julgada (inciso IV do art. 485), com violação a literal disposição de lei (inciso V do art. 485), com prevaricação, concussão ou corrupção do juiz (inciso I do art. 485); (b) dilação injustificada do processo, com conseqüente perda do exercício de direito; (c) adoção de medida retritiva recusada pela ordem jurídica; (d) detenções cautelares além do prazo permitido, entre outras situações assemelhadas; (e) nomeação de uma das partes como depositária de bem seqüestrado, arrestado ou apreendido, sem a exigência de garantia ou a prestação de caução idônea, com violação à disposição expressa do inc. II do art. 824 do CPC; (f) antecipação da tutela cujo provimento antecipado seja irreversível em caso de o requerente perder a demanda final, com violação à disposição expressa do § 2° do art. 273 do CPC. Na prática, salvo previsão direta pelo legislador[23], será o desenvolvimento jurispru-

dos factos e da prova)...). No entanto, podem descortinar-se hipóteses de responsabilidade do Estado por actos ilícitos dos juízes e outros magistrado quando: (1) houver grave violação da lei resultante da 'negligência grosseira'; afirmação de factos cuja inexistência é manifestamente comprovada pelo processo; (3) negação de factos, cuja existência resulta indesmetivelmente dos actos do processo: (4) adoção de medidas privativas de liberdade fora dos casos previstos na lei; (5) denegação da justiça resultante da recusa, omissão ou atraso do magistrado no cumprimento dos seus deveres funcionais "(*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 463).

23 Juan Monteiro AROCA, ob. cit., menciona que, na Itália, após longo debate, foi editada a Lei 117, de 13.4.1988, publicada na Gazzetta Ufficiale *de 15 de abril de 1988, dedicada a disciplinar o ressarcimento por danos ocasionados em razão do exercício das funções judiciais e a responsabilidade civil dos magistrados. Retiro da longa transcrição feita pelo autor espanhol o disposto nos arts. 2° e 3° da Lei, por figurarem com clareza notável hipóteses paradigmáticas de responsabilidade judicial: "Art. 2° Responsabilidad pod dolo o culpa grave. — 1. Quien haya sufrido un daño injusto como consecuencia de un comportamiento, de un acto o de una resolución judicial realizado o dictada por magistrado con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones o bien por denegación de justicia, podrá accionar contra el Estado para obtener el resarcimiento de los daños patrimoniales y también de aquéllos no patrimoniales que se deriven de privación de la libertad personal. 2. En el ejercicio de las funciones judiciales no podrá dar lugar a responsabilidad la actividad de interpretación de normas jurídicas ni la de valoración del hecho o de las pruebas. 3. Constituirán culpa grave: a) La violación grave de la ley determinada por negligencia inexcusable. B) La afirmación, determinada por negligencia inexcusable, de un hecho cuya existencia esté incontrastablemente excluida por las actuaciones del procedimiento; c) La negación, determinada por negligencia inexcusable, de un hecho cuja existencia resulte incontrastablemente de las actuaciones del procedimiento. D) El pronunciamiento de una resolución relativa a la libertad de la persona fuera de los casos permitidos por la ley o sin motivación. Art. 3°. Denegación de justicia. — 1. Constituirá denegación de justicia la negativa, la omisión o el retardo del magistrado en la realización del acto de su oficio cuando, vencido el plazo legal para la realización del acto, la parte haya presentado solicitud para obtener la resolución y transcurran inútilmente sin motivo*

dencial o parâmetro essencial de referência na matéria, com o auxílio indispensável da doutrina.

O entendimento que vem de ser exposto sobre a responsabilidade do Estado por demora excessiva na prestação jurisdicional, embora conscientemente polêmico e, por isso, passível de contestação, traduz interpretação favorável ao exercício da pretensão ressarcitória e enaltecedora do direito à razoável duração do processo judicial. Seguimos, nesta trilha, o vetor estimativo *que nos parece assentado na Constituição. Na mesma direção, tratando sobre a extensão do art. 37, § 6º, em particular sobre a questão da possibilidade de ação direta do lesado contra o agente público, teceu CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO considerações que calham perfeitamente ao que vem de ser proposto:*

"Sendo um dispositivo protetor do administrado, descabe extrair dele restrições ao lesado. A interpretação deve coincidir com o sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar dela conclusões que caminham em direção inversa, benéfica apenas ao presumido autor do dano"[24]

5. Considerações finais

A *expansão do poder judicial* no Estado contemporâneo tem motivado a renovação do debate sobre a responsabilidade do serviço judiciário por danos produzidos na esfera jurídica de terceiros.

A ninguém escapa que a *complexidade das sociedades* dos nossos dias tem exigido do legislador que, embora legislando com freqüência, cada vez mais decida menos, pela necessidade de *empregar na lei a máxima abstração possível* e assim contornar a crescente variedade das situações da vida. Essa *perda da densidade das leis*, identificada em todas as disciplinas jurídicas, transferiu uma enorme parcela de poder aos magistrados e administradores, na medida em que entregou a estes a tarefa de densificar e concretizar a lei no caso concreto de forma freqüentemente criativa. A coletivização dos conflitos, a ampliação do informalismo e da oralidade nos

justificado treinta días desde la fecha de la presentación en la secretaría. Cuando el plazo no esté previsto legalmente, deberán en cualquier caso pasar inútilmente treinta días desde la fecha de la presentación en secretaría de la solicitud dirigida a obtener la resolución. 2. El plazo de treinta días podrá ser prorrogado, antes de su vencimiento, por el director del órgano judicial con auto motivado, por no más de tres meses desde la fecha de la presentación de la solicitud. Para la redación de sentencias de especial complejidad, el director del órgano judicial, con auto motivado dictado antes del vencimiento del plazo, podrá aumentar hasta otros tres meses el plazo antes dicho. 3. Cuando la omisión o el retraso sin motivo justificado se refieran a la libertad personal del imputado, el plazo indicado en el párrafo 1 se reducirá a cinco dias improrrogable, a contar desde la presentación de la solicitud o coincidiendo con el día en que se haya completado una situación o haya trascurrido un plazo que determine la incompatibilidad de la permanencia de la medida restrictiva de la libertad personal". (Ob. cit., pp. 197-198).

24 Cf. *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 816.

processos, a juridicização de questões antes entregues à livre deliberação política, completam um quadro geral de fatores que explicam porque a questão da responsabilidade do Poder Judiciário figura atualmente no centro da discussão pública.[25]

Neste contexto, deve-se questionar com maior intensidade a tradicional orientação dos tribunais, que toma a irresponsabilidade do Estado por danos decorrentes da prestação jurisdicional com regra e a responsabilidade como exceção, uma vez que ela fragiliza as garantias do cidadão e desconfirma o texto expresso no art. 37, § 6°, da Constituição da República, onde não se encontra ressalva alguma aos danos provocados pelo serviço judiciário.

Não se pode descuidar que o serviço judiciário é monopólio do Estado, não sendo possível admitir irresponsabilidade do Poder Público pelos *danos antijurídicos* que venha a produzir no exercício desse monopólio mediante ação ou omissão.

Como ensina mestre J. J. CALMON DE PASSOS, "somar poderes ao magistrado sem lhes acrescer, também, a responsabilidade é deslegitimá-lo democraticamente"[26]. O exercício do poder, para ser função, deve ser posto como serviço e obrigar a observância do direito, sujeitando os seus exercentes a controle.

Dessarte, é lamentável constatar, no apagar das luzes do século, que a maior parte dos danos resultantes dos atos judiciais ou da anormal omissão do Estado na prestação jurisdicional permaneça sem reparação, consistindo a atuação lesiva do Estado-Juiz, na feliz síntese de Yussef Said CAHALI "o último reduto da teoria da irresponsabilidade civil do Estado"[27].

A responsabilidade dos exercentes de poder caracteriza-se como uma das notas básicas da ideário republicano, consagrado entre nós, sendo indispensável em qualquer organização política que almeje a condição de Estado Democrático de Direito. Por isso, a irreparabilidade dos danos causados pela prestação jurisdicional, ou pela demora injustificada na prestação jurisdicional, não pode deixar de *indignar*. A indignação, por si só, não transforma as realidades, mas pode servir como um excelente *ponto de partida* para novas posturas diante do problema. Não há na situação atual apenas a vitória de uma tese iníqua, de um discurso restritivo, mas uma autêntico *problema concreto de controle do poder*. Todavia, o poder, como se sabe, somente cede quando encontra outro poder, que lhe contenha e limite, o que até o momento, enquanto cidadãos, não conseguimos organizar e efetivar. É mais uma manifestação de nossa *pobreza política*[28], tão ou mais grave do que a *pobreza econômica* de que somos vítimas. Trata-se de uma situação político-jurídica que todos nós estamos desafiados a modificar, com a prudência e as cautelas devidas, mas sem demora.

25 *Síntese precisa desse movimento pode ser consultada na obra de MAURO CAPPELLETTI, Juízes Irresponsáveis?, cit., de extraordinária repercussão também entre nós.*

26 Cf. *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 106.

27 Ob. cit., p. 201.

28 DEMO, *Pedro. Pobreza Política*, Campinas: Autores Associados, 1994.