

# DOCTRINA

---

---

## RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA

Professor Emérito na Universidade Federal do  
Rio de Janeiro e na Universidade Federal  
de Minas Gerais.

SUMARIO: 1. Tríplice aspecto da responsabilidade do Estado: por ato administrativo, por ato legislativo, por ato jurisdicional. 2. Evolução do princípio da responsabilidade civil do Estado. 3. Atuação do Estado através dos seus órgãos e Poderes. 4. Responsabilidade por atos da administração pública. Teorias da culpa, do acidente administrativo e do risco integral. 5. Ocorrência de risco atômico. 6. Responsabilidade do Estado legislador. 7. Responsabilidade civil pelo fato da função jurisdicional.

1. Constitui fato notório, conhecido e reafirmado, que um dos campos em que a evolução jurídica se fez mais presente é o da responsabilidade civil. Cada vez mais a consciência se impregna daquela proposição de George Ripert, ao enunciar que "a idéia de reparação é uma das mais velhas idéias morais da humanidade" (*La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, p. 223). E nele assume as maiores proporções o da responsabilidade do Estado.

Nesta quadra da vida jurídica, em que prepondera a atenção pelos direitos da pessoa humana, merece destacado o

temário geral deste simpósio, sob o título “Direitos da Personalidade e Responsabilidade Civil”. Ganhou foros de predominância, na civilística moderna, o estudo dos direitos da personalidade, com ênfase que se dá à proteção ao nome, à margem, à intimidade, à integridade corporal em vida e *post mortem*, à individualidade humana em todos os seus aspectos. Neste quadro, avulta como forma de defesa do indivíduo frente ao gigantismo crescente do Estado, a fixação dos princípios da responsabilidade deste. É o resultado da confrontação entre “governantes que tendem ao absolutismo e os indivíduos que aspiram à independência” (Jean F. Brunet, *De la Responsabilité de l'Etat Législateur*, p. 1).

Nesta contextura, há que cogitar do tríplice aspecto que ele assume, e em consequência enfocar sob os três ângulos o problema e seu devido equacionamento. Cumpre então apresentar, posto que em linhas singelas de simples escorço, a responsabilidade pelos atos da Administração Pública, ou seja, nos limites do Poder Executivo; os praticados no exercício da função jurisdicional ou atos do Poder Judiciário; os consequentes à ação do Estado legislador ou atos do Poder Legislativo.

2. No princípio era a “irresponsabilidade”. Dentro da concepção política do Estado absoluto, não se poderia conceber a idéia de reparação de danos causados pelo poder público, dado que se não admitia a constituição de direitos contra o Estado soberano (cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, n.º 116).

Por estranho que pareça, a morte do absolutismo, que devera perfurar a cidadela da imunidade total, reforçou-a sob a inspiração do princípio da “separação dos poderes”, sob color de que a afirmação de uma responsabilidade da Administração importaria em uma censura do Judiciário ao procedimento do Executivo, e via de consequência em uma interferência de um Poder na atividade de outro Poder, uma vez que o Judiciário deveria estar adstrito ao conhecimento dos litígios entre par-

ticulares. E assim entendeu por largo tempo a jurisprudência dos tribunais (cf. De Page, *Traité Élémentaire*, vol. II, n.º 1.062).

O ataque ao conceito de “irresponsabilidade” veio por caminho travesso, admitindo-se que ora o Estado procede na qualidade de “pessoa-pública”, no exercício do poder soberano, e pratica atos em virtude de seu *imperium* (atos *iure imperii*), ora age como “pessoa-civil”, assemelhado ao indivíduo na gestão de seu patrimônio (atos *iure gestionis*). No primeiro caso, prevaleceria a imunidade: no segundo sujeitar-se-ia a reparar o dano causado, da mesma forma que qualquer particular (cf. Renato Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, vol. I, p. 54).

Por muito tempo, permaneceram separados os dois campos: de um lado haveria a responsabilidade do Estado regida pelo Direito Público; de outro, a responsabilidade do particular sujeita ao Direito Privado. Somente quando se permitiu que a vítima procedesse contra o Estado da mesma forma que o faz contra qualquer cidadão ou indivíduo foi que as idéias se aclararam. Foi preciso tempo superior a um século, observam os irmãos Mazeaud, para “adaptar ao direito público as soluções do direito privado” (Henri et Leon Mazeaud, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, vol. III, n.º 2.002/3).

Chegou-se, então, à proposição aceita com visos de generalidade, que o Estado responde pelos danos causados ao particular.

3. Da mesma forma que as pessoas jurídicas de Direito Privado, que por não serem dotadas de individualidade fisiopsíquica têm de se servir de órgãos de comunicação (Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral de Direito*, § 22), também o Estado, como ente abstrato, posto que cientificamente portador de realidade técnica ou realidade jurídica, tem de proceder por via de seus “agentes”.

Esta expressão é a mais correta, uma vez que se não deve cogitar da noção de “representação”. A pessoa jurídica, e em particular o Estado, não podendo agir diretamente, requer a intermediação de seus agentes ou órgãos de atuação.

Não há cogitar de uma representação em sentido estrito. Não se cogita se o órgão estatal procede no exercício de poderes recebidos. O que se há de indagar é se quem causou o dano estava no exercício de funções que lhe foram cometidas. Pouco importa a natureza delas. Tanto procede como órgão do Estado o funcionário qualificado, como o mais simples servidor. O que importa é apurar se o causador do dano exercia uma atribuição estatal ou se agia em seu próprio nome ou na sua atividade individual. Todo agente da administração, mesmo subalterno, é um órgão da pessoa jurídica de direito público, sem se cogitar da relação de preposição. Hauriu trata-o como “representante da nação”, e num certo sentido “ele é o próprio governante”.

Fiel ao princípio segundo o qual “a um potencial crescente de danos, corresponde uma cada vez maior obrigação de garantia” (Jean Guyenot, *La Responsabilité des Personnes Morales Publiques et Privées*, p. 3), é de ver que, independentemente de seu caráter público ou privado, a pessoa jurídica pode ser chamada a responder pelo dano causado pelos seus prepostos. Fixando-nos no plano publicístico, podemos repetir com De Page, numa fórmula singela, que o Estado e os poderes públicos não têm o direito de lesar a pessoa e os bens de outrem (De Page, ob. cit., n.º 1.064-bis). O Estado, genericamente, em qualquer de suas ordens — União, Estado, Município. O Estado em qualquer de suas funções ou de seus Poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário.

Sem fazer qualquer distinção, o art. 15 do Código Civil enuncia a norma geral: as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem dano a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano.

E a Constituição Federal assenta que as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros, cabendo ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa

ou dolo (Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, art. 107 e seu parág. único).

É pacífico, e já não requer maior explanação, que os vocábulos "representantes" e "funcionários" não são usados em acepção estrita, porém ampla, naquele sentido acima assentado, de quem no momento exercia uma atribuição ligada a sua atividade ou a sua função.

4. Mais freqüente é a responsabilidade da Administração Pública, ou seja, a responsabilidade do Estado pelos órgãos do Poder Executivo.

Também aqui, é nítida a curva evolutiva do princípio da responsabilidade, observada nas três correntes doutrinárias que têm informado a matéria: a da culpa, a do acidente administrativo e a do risco.

A primeira delas transpõe para o campo da responsabilidade do Estado a teoria da culpa, com a necessária adaptação às circunstâncias que envolvem o ato administrativo. Para positivar o dever de reparação por parte do Estado, torna-se mister apurar se o agente procedeu culposamente. Somente em caso afirmativo é possível deduzir que a entidade estatal é responsável. A princípio, procurou-se colocar o problema nos mesmos termos da responsabilidade do preponente por ato do preposto. Assentada, entretanto, a inexistência de preposição nas relações Estado-servidor, marchou-se para um terreno mais amplo, a dizer que a administração é responsável por qualquer culpa cometida por seus agentes, sejam faltas pessoais ou do próprio serviço. Partindo de que o lesado teria ação contra o causador direto do dano, concede-se-lhe ação contra o próprio Estado. A razão é que a Administração, como órgão da pessoa jurídica de direito público, procede em nome desta. A pessoa moral age sempre através de seus órgãos e, conseqüentemente, responde pelos atos deste. Uma vez caracterizado o procedimento culposos do funcionário, do servidor, do agente em suma, fica definida a responsabilidade do Estado (cf. Mazeaud et Mazeaud, vol. cit., n.º 2.008).

Deste raciocínio chegou-se à responsabilidade direta do Estado. Afastada a idéia de preposição e assentado que o Estado procede pelos seus órgãos, o que se têm de apurar é se o agente procedeu no exercício de suas funções, e não fora dele ou exorbitando de suas atribuições. Com esta proposição, alargou-se o campo da responsabilidade estatal, uma vez que não se torna necessário distinguir entre a culpa pessoal do servidor e a culpa do próprio serviço (cf. De Page, vol. cit., n.ºs 1.065/67). Mas, segundo o depoimento de Guyenot, o *Conseil d'Etat*, na França, recusou admitir a reparação de um dano causado por um agente no exercício de suas funções, sem a apuração de uma culpa (Jean Guiyenot, ob. cit., p. 41).

Mais um passo, todavia, foi dado na evolução do princípio da responsabilidade civil do Estado. Em face da desigualdade estabelecida entre o Estado e a vítima, nem sempre consegue esta apurar a culpa, ainda que do serviço em si, independentemente da do agente. E, neste caso, consagrar-se-ia uma injustiça, ficando provada a lesão, sem que o prejudicado recebesse o ressarcimento. Imaginou-se então a teoria do *accidente administrativo*. Basta comprovar a existência de uma falha objetiva do serviço público, ou o mau funcionamento deste, ou uma irregularidade anônima que importa em desvio da normalidade, para que fique estabelecida a responsabilidade do Estado e a conseqüente obrigação de indenizar. Não se trata de averiguar se o procedimento do agente foi culposo, porém de assentar que o dano resultou do "funcionamento passivo do serviço público". Em tal ocorrendo, responde o Estado (cf. Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário*, p. 166). Apoiado em numerosas decisões do *Conseil d'Etat*, Paul Duez examina as hipóteses de mau funcionamento do serviço público, que ele classifica em três categorias: a) fatos de ordem material, acidentes provocados por pessoas, serviços, veículos, materiais, trabalhos mal conduzidos ou mal executados, perda ou extravio de documentos; erros de informação pela administração; falsa aplicação de texto legislativo ou regulamentar, e muitos outros; b) inação ou omissão dos órgãos administrativos, ainda que não constitua ilegalidade na acepção estrita da palavra: ausência de medidas

de proteção necessárias a garantir a segurança das pessoas; falta nos serviços de vigilância das pessoas, como no caso dos alunos nas escolas e dos detentos nos presídios; recusa sistemática na aplicação da lei ou regulamento, e outros tantos casos; c) lentidão no funcionamento do serviço público, demora na prática de atos, inércia ou resistência passiva da administração pública (cf. Paul Duez, *Responsabilité de la Puissance Publique*, ps. 27 e segs.).

Avançando um passo mais, se estabeleceu a teoria do *risco administrativo*. O que se tem de verificar é a existência de um dano, sofrido em consequência do funcionamento do serviço público. Não se cogita da culpa do agente, ou da culpa do próprio serviço; não se indaga se houve um mau funcionamento da atividade administrativa. Basta estabelecer a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a ação do agente ou do órgão da Administração. Se o funcionamento do serviço público, bom ou mau não importa, causou um dano, este deve ser reparado. Desta sorte, distribuem-se por toda a coletividade as consequências danosas do funcionamento do serviço público. É a forma única democrática de repartir os ônus e encargos sociais (cf. Amaro Cavalcanti, *Responsabilidade Civil do Estado*, ps. 271 e segs.; Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário*, p. 165; Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, vol. II, n.º 210; Orozimbo Nonato, voto em Diário da Justiça de 2 de fevereiro de 1943, p. 602; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, n.º 116; Jean Guyenot, *La Responsabilité des Personnes Morales Publiques et Privées*, p. 5; Paul Duez, *Responsabilité de la Puissance Publique*, ps. 58 e segs.).

O Direito Positivo brasileiro consagra a teoria do risco integral ou risco administrativo. O art. 107 da Emenda Constitucional n.º I, de 17 de outubro de 1969, repetindo a política legislativa adotada nas disposições constitucionais anteriores, estabelece o princípio da responsabilidade do Estado pelos danos que os seus agentes (fala em "funcionários" com acepção ampla) causem a terceiros. A pessoa jurídica de direito público responde sempre, uma vez que se estabeleça o nexo de causa-

lidade entre o ato da Administração e o prejuízo sofrido. Não há que cogitar se houve ou não culpa, para concluir pelo dever de reparação. A culpa ou dolo do agente somente é de se determinar para estabelecer a ação de *in rem verso*, da Administração contra o agente. Quer dizer: o Estado responde sempre perante a vítima, independentemente da culpa do servidor. Este, entretanto, responde perante o Estado, em se provando que procedeu culposa ou dolosamente.

Ao elaborar o Projeto de Código de Obrigações, de 1965, fiz consignar este princípio no art. 868. Lamentavelmente o Projeto de Código Civil de 1975 silenciou totalmente a este respeito.

5. As experiências atômicas, a céu aberto e no sub-solo, o uso de isótopos médicos, e fenômenos de radiação atômica, os vazamentos em usinas nucleares vieram introduzir um dado novo na teoria da responsabilidade civil. E, como a maior parte destas ocorrências residem no plano estatal, percutem necessariamente na responsabilidade civil do Estado.

Os mestres da responsabilidade civil afirmam que na etilogia desta, o elemento objetivo "dano" há de revestir o caráter de certeza, posto que futuro. Não será indenizável o dano meramente "hipotético" ou simplesmente "eventual" (René Rodière, *La Responsabilité Civile*, n.ºs 1.597 e segs., p. 217; Mazeaud et Mazeaud, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle*, (5.ª ed., c/ André Tunc, n.º 216, notas 1 e 4).

Por isso tem merecido cuidados e atenções o estudo dos efeitos da radiação atômica. Uma experiência nuclear lança no espaço uma nuvem radioativa, e a mil quilômetros de distância, e anos depois, observa-se em alimentos vegetais e animais um teor de estrôncio acima dos limites toleráveis, causando enfermidades ou lesões nas pessoas. Surge, então, a pergunta se se trata de dano indenizável, e, ainda, a quem responsabilizar.

Nos Estados Unidos, onde o problema já bateu às portas da justiça, as Cortes procuram determinar o nível de "certeza

razoável”, recorrendo às estatísticas e às opiniões de *experts* (cf. S. D. Estep, *Radiation Injuries and Statistics. The need for a new approach to injury litigation*, in *Michigan Law Review*, vol. 59, 1960, n.º 2, ps. 258/304).

Jean-Paul Piérard, dedicando-se ao assunto em monografia sobre “*Responsabilité Civile, Energie Atomique et Droit Comparé*”, leva suas pesquisas ao direito francês, alemão, suíço, austríaco, belga, sueco, norte-americano, soviético, sugerindo repensar o assunto ao mesmo tempo que examina “as insuficiências do direito comum”. O núcleo do problema está, obviamente, na determinação do dano e da relação de causalidade entre este e o fato atômico, distanciados no tempo e no espaço.

Cortes de Justiça, nos Estados Unidos, ao tratarem da *causation in fact*, têm encontrado fórmula original, admitindo a reparação quando a probabilidade ultrapassa 50% (Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, p. 220) o que provocou a crítica de Piérard, no sentido do tom aleatório conseqüente, ao se exigir do postulante a demonstração de que o encadeamento das causas atinja 51% de probabilidades, sob pena de não vingar a pretensão (Piérard, ob. cit., p. 116). Com efeito, a base estatística é muito falha. Na teoria norte-americana do “but for” a diferença mínima de um ou dois por cento reverte a obrigação ressarcitória em imunidade.

Se no campo da responsabilidade civil, em geral, a matéria está ainda tateando no clima das incertezas, transposta para a responsabilidade civil do Estado poderá ganhar maior segurança.

Admitida, como demonstramos, a teoria do risco integral ou do risco administrativo, o fato de implantar o Estado a usina atômica, ou efetuar uma experiência nuclear, impõe-lhe a responsabilidade pelo risco adveniente do acidente, da explosão ou da descarga do lixo atômico. Até aí não há dificuldade. Esta, porém, aparece, quando se pretende apurar, em termos negativos, se o dano sofrido pelo queixoso teria deixado de ocorrer no caso de não se ter verificado aquele fato ou aquele acidente determinado (B. Stason, S. Estep, W. Pierce, *Atoms and the Law*, p. 428).

Numa conferência pronunciada no Instituto de Direito Comparado da Universidade de Paris, em 1959 sob o título "Responsabilité Civile et Risque Atomique", René Rodière efetua uma análise da responsabilidade civil, dizendo que, durante séculos, "os homens sabiam o que deviam fazer; quando procediam erradamente, tinham que indenizar as suas vítimas" (cf. "Revue Internationale de Droit Comparé, 1959, p. 428). Estas idéias, diz ele, foram ameaçadas em suas raízes mais profundas em face da fissão ou fusão nuclear. Há um dano visível, positivado. Mas, dadas as circunstâncias de tempo e de espaço, não se pode dizer vinculado a um agente conhecido e imediato. Pode-se, mesmo, levantar dúvida sobre quem seja o agente, se foi um reator atômico que vasou, ou uma experiência militar, ou outra de cunho científico. Daí, completa ele, a procura de uma consideração diversa em torno do nexo de causalidade entre o fato e o dano. Considerando, então, que, ainda nos países em que predomina a livre iniciativa, caminha-se para a estatização da indústria à base da fissão ou da fusão nuclear, sugere para os riscos atômicos o "seguro legal ou garantia do Estado", embora advirta para as dificuldades na previsão dos riscos e no cálculo dos orçamentos.

O problema ainda não chegou aos nossos tribunais. Mas já se deve cogitar dele. A instalação de usinas atômicas, o processamento de urânio enriquecido, o desenvolvimento da indústria nuclear já nos advertem sobre a perspectiva de danos atômicos, e nos aconselham a começar a pensar o assunto. E pensá-lo precisamente em termos de responsabilidade civil do Estado, que assume diretamente a atividade e incentiva as operações.

Eu não tenho a pretensão de formular soluções. Mas, sem querer assumir a condição de pioneirismo nesta matéria, lanço-a no tapete das discussões, para que seja tratada por outros mais bem dotados ou melhor conhecedores do que eu.

6. A responsabilidade do Estado por ato legislativo oferece ângulos de visada bem diversos da que preside à conduta da administração pública. Por largo período histórico predominou

a soberania do rei, cuja vontade se sobrepunha a toda a racionalidade *sic volo, sic jubeo, sit ratione voluntas*. A ela seguiu-se a soberania do parlamento, com a aceitação de sua infalibilidade. Aquele, a quem cabe elaborar a lei, não está a ela subordinado. É o que Orozimbo Nonato qualificava, em certa medida, de “poderes satânicos do legislador”.

Nos regimes caracterizados pelo princípio da hierarquia das normas, a Constituição sobrepõe-se não apenas à lei, mas comanda a própria atuação parlamentar. É o que Rui Barbosa enunciava, ao definir a Constituição como “ato da Nação em atitude soberana de se constituir a si mesma”, ao passo que com a lei o legislador “executa a Constituição”. E, num resumo feliz, sentenciava: “A Constituição demarca os seus próprios poderes. A lei tem os seus poderes confinados pela Constituição” (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, vol. I, p. 20).

No estudo da responsabilidade de Estado Legislador, cumpre ter em vista estes parâmetros, para não romper barreiras que conduzam a equívocos irreversíveis. Partindo, então, de que o Poder Legislativo não pode exorbitar dos termos da outorga constitucional, vale desde logo assinalar que o rompimento desta barreira pode ser erigido em pressuposto da responsabilidade do Estado. Votando lei cuja inconstitucionalidade é declarada formalmente pelo Judiciário, e com ela trazendo lesão a direito individual, o Legislador transpõe o limite da liceidade. Como o Legislativo é um Poder através do qual o Estado procede no cumprimento de suas funções, força é concluir que o ilícito, cometido por via da atuação legislativa, sujeita o Estado à reparação do dano causado.

Independentemente da inconstitucionalidade, ou seja, quando se cogita da atividade legislativa normal, aí é que se deve colocar a discussão da responsabilidade do Estado pelo ato legislativo: “em muitos casos, o Parlamento, diz Julic S. Altamira Gigena, ao exercer suas funções específicas, ocasiona sérios danos aos particulares, até o ponto de produzir sua ruína e reduzi-los à miséria” (*Responsabilidad del Estado*,

p. 147). E em abono da proposição cita vários exemplos ocorridos no Uruguai, na Alemanha, na França.

Para a fixação do princípio, convém recordar as correntes doutrinárias que justificam o princípio da responsabilidade civil do Estado, dentre as quais assinalamos as três que nos parecem as mais significativas: da culpa, do acidente administrativo e do risco social. É nesta última que encontra suporte o princípio da responsabilidade do Estado pela atividade legislativa, quando esta rompe o “equilíbrio dos encargos e vantagens sociais em prejuízo de certas pessoas somente” (Jean F. Brunet, *De la Responsabilité de l'Etat Legislatif*, p. 149).

A ação legislativa pode ser inspirada nos mais seguros e louváveis princípios. Pode ser o interesse da coletividade; podem ser razões de higiene ou saúde pública; podem ser motivos de salvação pública; ou de segurança interna ou mesmo de defesa nacional. Em todas estas situações, ou outras que se lhes assemelhem, o Legislativo procede regularmente; não transcende os limites da outorga constitucional; não age com culpa nem se desvia das normas que presidem à elaboração legislativa. Se, entretanto, ao elaborar o provimento legislativo, sacrifica os direitos do indivíduo, a distribuição dos encargos e vantagens sociais exige que o lesado seja ressarcido do prejuízo que eventualmente houver suportado. Como observa o já citado Brunet, se o progresso é uma necessidade, a melhor garantia contra a onipotência legislativa, lesiva a um cidadão ou a um grupo de indivíduos, é a responsabilidade do legislador (ob. cit., p. 108). Neste sentido, Gerard Cornu afirma que a responsabilidade do Estado, pelo fato de suas leis, “compensa o rompimento da igualdade dos cidadãos diante da lei” (*Étude Comparée de la Responsabilité Delictuelle en Droit Privé et en Droit Public*, p. 264).

Em nossa atividade profissional tivemos um caso típico de reparação de dano causado por ato legislativo. Um decreto-lei, baixado no regime discricionário inaugurado a 10 de novembro de 1937, autorizou a desapropriação das ações de um banco particular, estabelecendo que o preço de cada uma seria o quociente da divisão do ativo líquido, apurado no último

balanço, pelo número de ações em circulação (Decreto-Lei n.º 6.953, de 12 de outubro de 1944). Inconformados, os acionistas (na sua maioria francesa) discutiram por longo tempo na Justiça e, mais de trinta anos depois, o Supremo Tribunal Federal veio a decidir que se deveria proceder à avaliação efetiva, para que fossem eles indenizados segundo ficasse apurado. O mais interessante é que a preliminar de inconstitucionalidade foi repelida, de sorte que a decisão não se encerrou em termos de que aquela lei do período ditatorial atentara contra o princípio constitucional de garantia da propriedade. O fundamento da decisão foi que a desapropriação deveria seguir o *due process of law* e que no processo expropriatório a coisa desapropriada tinha de ser avaliada. Se ficasse apurado que aquele valor era justo, prevaleceria o critério imposto no provimento legislativo; mas se encontrasse valor diferente, o Estado teria de indenizar os acionistas. O ato era inequivocamente legislativo, uma vez que os decretos-leis, na ausência de Congresso, que perdurou no período de 1937 a 1945, eram provimentos legislativos. E, não obstante isto, ocorreu a revisão do ato pelo Judiciário, que, sem declarar a inconstitucionalidade daquele decreto-lei, decidiu pela reparação do prejuízo causado aos titulares das ações.

A noção básica, sustentada pelos corifeus da irresponsabilidade do Estado, pelo ato legislativo, alicerçada no conceito da soberania parlamentar, não pode ser considerada em termos absolutos. Ao revés, quando a lei, ainda que sob a melhor inspiração, importa em lesar interesses de um cidadão, ou de um certo número de indivíduos, sujeita o Estado a ressarcir o dano causado.

7. Posto que menos freqüente, não se apresenta menos relevante o problema da responsabilidade do Estado pelo fato da função jurisdicional. Logo de plano há uma distinção fundamental: saber se o ato foi praticado no exercício da função jurisdicional ou como atuação de natureza administrativa.

Esta última hipótese pode ocorrer quando um juiz, ou mais freqüentemente o presidente de um tribunal, atua como

se fosse um agente administrativo. Por exemplo quando contrata a prestação de serviços ou publica edital para a realização de concurso para provimento de cargo. Aí, a responsabilidade do Estado não difere da dos atos da administração pública.

Focalizando a atuação judiciária propriamente dita, tem ainda lugar outra distinção: saber se o ato foi praticado no exercício regular da função jurisdicional ou se o juiz exorbitou dela. É no campo da atividade judicante que a problemática da responsabilidade civil tem de se defrontar com as maiores dificuldades, por se encontrar subordinada a princípios muito distantes dos que informam a matéria ligada à atividade administrativa. Não se pode perder de vista que, na processualística moderna, o juiz não é mero espectador de uma contenda entre litigantes. Nem ao menos pode permanecer adstrito a conter os contendores na observância das regras do jogo. O juiz dirige o processo, assegurando igualdade de tratamento às partes, procurando rápida solução para o litígio e assegurando a dignidade da justiça (Código do Processo Civil, art. 125). Comentando-o, Celso Agrícola Barbi observa que o Estado tem interesse no desenvolvimento rápido e correto da sua função, e para isto é que investe o juiz da efetiva direção do processo (*Comentários ao Código do Processo Civil*, Coleção Forense, vol. I, n.º 675).

Ao decidir, aplica a lei ao caso concreto. Deve acertar. Mas nem sempre pode. Dentro da falibilidade humana, está sujeito a errar, e os erros judiciários tanto podem ocorrer na jurisdição civil como na criminal (Celso Agrícola Barbi), mais dramáticos e emocionantes estes, embora não menos numerosos nem de efeitos menos danosos aqueles. Encarando a função específica do Poder Judiciário, Castro Nunes considera que a competência judicial não encontra outras limitações fora das estabelecidas pela Constituição ou compatíveis com ela (*Teoria e Prática do Poder Judiciário*, p. 569). Procedendo dentro destes limites, Mário Guimarães proclama, em caráter absoluto, que os juízes não são responsáveis pelos danos que suas "decisões erradas" possam causar (*O Juiz e a Função Jurisdicional*,

p. 239). E Pedro Lessa, à indagação de quais os atos do poder público que podem gerar indenização, responde com a autoridade da “coisa julgada”, esclarecendo que se o lesado pela sentença definitiva pudesse levantar a questão da responsabilidade do Estado, abriria um “novo litígio sobre a questão já ultimada”. E, em consequência, somente enxerga “nos casos de revisão e de rescisão da sentença” a possibilidade de “resarcimento do prejuízo infligido por uma sentença ilegal” (*Do Poder Judiciário*, ps. 164 e 165).

O argumento extraído da autoridade da *res iudicata* é amplamente discutido por Philippe Ardant, em monografia que veio a lume em 1956, prefaciada pelo grande mestre da Faculdade de Direito de Paris, André de Laubadère. Argumenta Ardant que a autoridade da coisa julgada opõe-se a que seja levado de novo, à Justiça, o litígio que foi decidido, acrescentando, com a invocação da paz social, que a força legal inerente ao ato jurisdicional paralisa toda outra tentativa de reabrir a questão, pois “mais vale uma injustiça, do que a subversão da própria justiça (Philippe Ardant, *La Responsabilité de l'Etat du Fait de la Fonction Jurisdictionnelle*, ps. 182 e segs.).

Outro argumento, levantado em prol da irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicional, assenta na necessidade de preservar a “liberdade de espírito dos magistrados”, que, no momento de julgar, não podem estar sujeitos a que “preocupações pessoais venham perturbar este recolhimento” (cf. Philippe Ardant, ob. cit., p. 173).

Este argumento, como o que se baseia na soberania da justiça, não nos parece ter base científica, adstrito apenas a condições humanas e excepcionais. Além disso, prova demais, pois que a prevalecer assim, seria de se repelir também a responsabilidade pelo ato das autoridades administrativas, que no momento de agir estariam sujeitas ao receio de comprometer sua própria independência.

Tendo em vista a soberania da *res iudicata*, o Código do Processo Civil define o que considera ato ilícito cometido pelo juiz: quando procede com dolo ou culpa no exercício das suas funções, ou se recusa, omite ou retarda, injustificadamente, pro-

vidências que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte (Código do Processo Civil, art. 133). A conceituação do dolo ou culpa é a do direito comum. E a responsabilidade se positiva, quando o juiz, de qualquer instância ou tribunal, pratica atos lesivos ao jurisdicionado, que se possam inquirir de dolosos ou fraudulentos, ou que se possam qualificar de procedimento culposo (cf. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código do Processo Civil*, vol. I, ps. 535 a 537; Celso Agrícola Barbi, vol. cit., ps. 540 a 542).

Com fundamento no art. 505 do Código de Processo Civil Francês, René Savatier (*Traité de la Responsabilité Civile*, vol. I, n.º 228), menciona a responsabilidade pessoal do juiz nos casos de proceder ele de má-fé equivalente à culpa grave, tais como alteração consciente de depoimento ou declaração em interrogatório, alteração ou supressão de peça processual, como ainda se convicto de concussão (recebimento de dinheiro ou presente).

Da análise destes conceitos, que parecem descontraídos, porém na verdade são subordinados a uma tônica de certo modo uniforme, força é concluir que o fato jurisdicional regular não gera responsabilidade civil do juiz, e portanto a ele é imune o Estado. Daí a sentença de Aguiar Dias, que bem o resume, ao dizer que, segundo a doutrina corrente, os atos derivados da função jurisdicional “não empenham a responsabilidade do Estado, salvo as exceções expressamente estabelecidas em lei” (*Da Responsabilidade Civil*, vol. II, n.º 214).

Situações concretas, entretanto, têm conduzido algumas vezes a admitir a responsabilidade do Estado por erros judiciais.

Aqui, normalmente, ocorre a distinção da matéria criminal em relação às instâncias cíveis. No crime, além das consequências da decisão serem de maior gravidade e ameaçarem a liberdade do indivíduo, a atividade do Estado é direta, e quase sempre com a iniciativa do processo, enquanto que no cível o procedimento é inquisitório e não acusatório, ocorrendo a ação estatal menos ativamente (cf. Philippe Ardant, ob. cit., p. 225). No cível a observação de Mario Guimarães, acima invocada,

tem maior procedência, uma vez que o conceito de “erro judicial” mais se aproxima da “decisão errada”. Quem discute uma causa em juízo corre os riscos da falibilidade humana e de que o juiz pode, na apreciação dos fatos ou na aplicação do direito, estar sujeito a erros.

Daí o depoimento de Pierre Decheix, resumindo as conclusões de XIV Congresso do Instituto Internacional de Direito de Expressão Francesa (IDEF) realizado em Montreal, de 12 a 19 de setembro de 1981, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1982, ps. 152 e segs.: “Certos países instituíram um processo de indenização das vítimas de erros judiciários”. Na apreciação destes, é preciso alertar como faz Pontes de Miranda, contra o fato de que o tempo e a distância, mudando os conceitos doutrinários ou desfigurando a visão dos acontecimentos, podem fazer com que uma reapreciação da espécie pode insinuar enganosamente que o julgamento foi obtido por erro de direito ou erro de fato (cf. Pontes de Miranda, *loc. cit.*).

Sem afirmar a irresponsabilidade do Estado pelo fato da função jurisdicional, pois que não se pode no direito moderno, em que o mundo inteiro proclama a preeminência dos direitos humanos, aceitar que a regra da imunidade deixa ao desamparo os direitos e interesses do indivíduo, a segurança e a estabilidade sociais consideram que a responsabilidade civil pela atuação jurisdicional existe mas somente se há de aceitar com caráter de excepcionalidade.