

TIPOS DE ATIVIDADES JURÍDICAS DANOSAS

*Zulmar Fachin**

SUMÁRIO: 1. Erro judiciário; 2. Denegação de justiça; 3. Demora na prestação da tutela jurisdicional; 4. Dolo ou culpa do Juiz; 5. Conclusão; 6. Referências.

A atividade judiciária, espécie de atividade pública, pode acarretar lesão ao bem jurídico pertencente ao particular. Há várias atividades judiciárias danosas que ensejam a responsabilidade patrimonial do Estado.

São espécies de atividades judiciárias danosas: a) erro judiciário; b) denegação de justiça; c) serviço judiciário defeituoso; d) dolo ou culpa do juiz. Procurar-se-á analisar cada uma delas.

1. ERRO JURÍDICO

Não se deve esperar do homem perfeição. Há que se aceitar (e corrigir) o erro cometido. Rui Barbosa, aconselhando a reparação do erro, foi lapidar: "Melhor será que a sentença não erre. Mas, se cair em erro, o pior é que se não corrija"¹.

O erro judiciário pode ocorrer tanto na esfera penal quanto na não penal. A atividade judiciária é manifestação estatal. Pouco importa se desempenhada nos autos do processo da jurisdição penal ou não penal, pois o erro pode ocorrer em qualquer das duas esferas. Fala-se, então, em erro judiciário penal e erro judiciário cível².

* É professor doutor em Direito do estado (UFPR) e mestre em Direito (UEL). Aluno da pós-graduação (doutorado) em Ciência Política na Universidade de São Paulo. Professor de Direito Constitucional no Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR).

¹ Barbosa, R. *Oração aos moços*. 4. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1997. p.44

² Barbi, C. A. *Comentários ao código de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p.540.

"Erro judiciário pode acontecer nas causas civis e nas criminais. Nestas últimas é mais difícil sua ocorrência, porque os meios de investigação da verdade são mais 'eficientes e porque a decisão deve assentar-se na verdade real. Além disso, como a consequência da condenação

1.1. Erro judiciário Penal

A falibilidade é uma condição inerente ao ser humano. Toda pessoa pode, a qualquer momento, cometer erros em suas atitudes. Não poderia ser diferente em relação ao juiz. Esta realidade, impossível de ser modificada, tem sido percebida pelos operadores do Direito, de modo que foi necessário prever um mecanismo capaz de corrigir esse erro.

Todas as legislações prevêm a revisão criminal como meio de correção do erro judiciário penal, afastando, inclusive, a coisa julgada material. Esta, embora imprescindível para o Direito, há de ceder a outro bem jurídico mais importante. Nesse sentido, a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho: “Hoje, em todas as legislações do mundo civilizado, a coisa julgada penal, a despeito de necessária à ordem pública, deixa-se violentar quando um interesse mais alto a sobrepuja: uma sentença condenatória manifestamente injusta. E o remédio jurídico-processual que permite reabrir-se o processo, em que se cometeu a injustiça, rasgando-lhe o selo da intangibilidade, é a revisão criminal”³.

A revisão criminal, compreendida por uns como verdadeira ação penal e, por outros, como recurso, foi instituída no Direito brasileiro pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Logo em seguida, em 1891, ingressou na Constituição Federal (art. 81) e, desde então, permanece como norma constitucional.

Como se pode notar, o erro judiciário não é criação recente, sendo mesmo tradicional em nosso Direito. “É o erro judiciário a mais conhecida das atividades judiciárias danosas, e isso por ser, acima de tudo, a mais espetacular, em função de ser a que mais gravemente lesiona e ofende os direitos individuais. Via de regra, ocorre na justiça criminal e consiste na aplicação, a uma pessoa posteriormente reconhecida inocente, de um gravame de grandes proporções a ponto de atingir a vida, os bens, a honra e a família do lesado”⁴.

A Constituição de 1988 consagrou o direito de a vítima ser indenizada por erro judiciário. Eis a norma inserta no artigo 5º, inciso LXXV: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o

criminal é mais penosa para o réu, é natural que seu esforço para demonstrar a inocência seja maior. Até mesmo a prova testemunhal ou documental sofre menos perigo de falseamento, dada a natural repugnância de depor contra a verdade, quando isto pode acarretar a condenação de um inocente”.

³ Tourinho Filho, F. da C. *Processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 4, p. 483

⁴ Souza, J. G de. *Responsabilidade civil do estado pelo exercício da atividade judiciária*. Revista jurídica, Porto Alegre, v. 164, 1991, p. 130.

que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

O legislador constituinte previu que o Estado deverá indenizar a vítima de danos judiciais em duas hipóteses: a) quando houver erro judiciário; b) quando a prisão exceder ao tempo fixado na sentença.

O erro judiciário penal é tema profundamente sério. Refletindo sobre ele, Piero Calamandrei lançou a angustiante indagação: "Qual o juiz que pode dormir na véspera de uma condenação à morte?"⁵.

Nenhum, certamente.

Observa Juary C. da Silva, referido por Yussef Said Cahali, que a responsabilidade jurisdicional do Estado, em nosso sistema jurídico, abrange não só as hipóteses de dolo ou fraude (exercício anormal da jurisdição), como também a de erro judiciário, entendendo-se por tal a violação da lei, desde que não se trate de aplicação de um conceito indeterminado ou elástico, de decisão de equidade ou de avaliação da prova; o erro pode referir-se à aplicação da lei material ou da processual⁶.

O procedimento de revisão criminal está previsto no Código de Processo Penal. Dentre outras disposições, prevê as hipóteses em que o pedido pode ser deduzido: "Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. Parágrafo único. Não será admitida a reiteração do pedido, salvo se fundada em novas provas".

Podem ser desmembrados em quatro os fundamentos do pedido de revisão criminal: a) a sentença rescindenda foi proferida contrariamente ao texto expresso da lei penal; b) a sentença rescindenda foi proferida de modo contrário à evidência dos autos; c) a condenação se fundou em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; d) após a sentença, descobriram-se novas provas da inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize a diminuição especial da pena.

Ocorrendo uma dessas hipóteses, terá cabimento o pedido de revisão criminal, que deverá ser processado nos termos da legislação processual, devendo o Tribunal manifestar-se sobre ele.

Acolhido o pedido do autor, fica desfeita a coisa julgada material constituída pela sentença condenatória e o réu, inocentado. "Com a absolvição, a procedência da revisão é total, como total é também a rescisão,

⁵ Calamandrei, P. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Trad. Ary dos Santos, 7. ed. São Paulo: Livraria Clássica, [19--]. p. 192

⁶ Cahali, Y. S. *Responsabilidade civil do estado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1982, p. 262.

ficando, assim, sem nenhum efeito, a sentença condenatória”⁷.

Note-se que não é necessário haver a prévia desconstituição da sentença penal condenatória para a propositura da ação de indenização. Analisando o preceito constitucional que trata do erro judiciário, Odete Medauar é categórica: "O preceito não vincula o direito à indenização à revisão da sentença"⁸.

Se o interessado requerer, o Tribunal poderá condenar o Estado ao pagamento de indenização, o que, portanto, ocorrerá nos mesmos autos. Mas se o interessado não requerer desde logo, poderá fazê-lo mais tarde, ajuizando ação própria no juízo cível.

Se o interessado requerer a revisão e, concomitantemente, a reparação do dano, ter-se-á cumulação de ações. Haverá a ação penal, com o escopo de desfazer a sentença penal condenatória, e a ação cível, buscando o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima.

Mas, como bem observa José Frederico Marques, no juízo criminal não se irá fixar o valor da indenização, o que se dará, posteriormente, no juízo cível: “No juízo da revisão, não se fixa o *quantum debeatur*, mas apenas a obrigação de reparar o dano advindo do erro judiciário. Forma-se, no entanto, título executório ilíquido, que depois se completará com a fixação ou estimativa da importância da indenização, mediante a propositura de ação executória contra o Estado, a qual se iniciará pelo procedimento de liquidação, tanto que o artigo 630, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal dispõe expressamente que a indenização 'será liquidada no juízo cível’”⁹.

O erro judiciário é largamente conhecido pelos tribunais brasileiros, onde se podem encontrar inúmeras decisões que condenaram o Estado a indenizar por esse tipo de defeito do serviço público jurisdicional: "É indiscutível o direito do condenado de ser indenizado pelo período de tempo em que permaneceu preso, cumprindo pena de outro indivíduo, seu homônimo." (TJSP, 1ª Câm. Civ. Ap. 227.092, j. em 09.10.73, Rel. Des. Andrade Junqueira).

1.2. Erro judiciário civil

O erro judiciário civil, a exemplo do erro judiciário penal, tem sido abordado pelos estudiosos do Direito. Trata-se de tema de significativa importância. Há profundas divergências doutrinárias sobre o admitir-se ou

⁷ Marques, J. F. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Bookseller, 1998. p. 333.

⁸ Medauar, O. *Direito administrativo brasileiro*, 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.438

⁹ Marques, J. F. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Bookseller, 1998, p. 337

não a indenização decorrente dos danos causados por erro judiciário civil. O obstáculo levantado à sua admissão é a coisa julgada material.

Para esses autores, a admissão do erro judiciário civil encontra impedimento na coisa julgada material. Esta não pode ser rompida, sob pena de comprometer a segurança jurídica e a paz social.

Mas parte da doutrina vem sustentando que, assim como ocorre na esfera penal, também o erro civil pode acarretar o dever de o Estado indenizar pelos prejuízos daí decorrentes. A atividade judiciária é desenvolvida pelo Estado e isso ocorre tanto na esfera penal quanto na não-penal. Neste sentido, se é aceito o dever de o Estado indenizar pelo erro judiciário penal, deve-se impor o mesmo dever pelos danos ocasionados no desempenho da atividade não-penal.

Augusto do Amaral Dergint, analisando o obstáculo levantado à responsabilização do Estado por danos causados pelo erro judiciário civil, observa com propriedade que "tanto no processo civil quanto no penal, o Estado desempenha indistintamente (através do juiz, seu agente) a função jurisdicional. Ademais, o ato jurisdicional danoso pode derivar de culpa ou dolo do magistrado, não havendo como negar indenização à vítima a cargo do Estado, que responde a título principal, de modo a garantir a vítima contra a eventual precariedade econômica do magistrado. Não se pode esquecer que o juiz age em nome do Estado - este tirando proveito da atividade daquele (e, portanto, respondendo pelos danos por ela ocasionalmente gerados)"¹⁰.

O Código de Processo Civil prevê hipóteses em que a sentença cível pode ser desfeita, por meio de ação rescisória, o que, excepcionalmente, afasta os efeitos da coisa julgada material. A idéia de coisa julgada material cede ao ideal de justiça. A decisão injusta pode ser desfeita, nos termos da lei ordinária processual.

Estabelece o Código de Processo Civil as hipóteses em que é cabível a propositura da ação rescisória: "Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de lei; VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provocada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato,

¹⁰ *Idem*, p. 183.

resultante de atos ou de documentos da causa".

Verificada uma das hipóteses constantes no extenso art. 485, a sentença cível de mérito transitada em julgado pode ser rescindida. Então, por uma questão lógica, é preciso de imediato admitir que ela pode causar dano ao particular. Ora, se causou dano, suscita-se a responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional.

Outra questão que surge é saber se, para intentar a ação de reparação de danos contra o Estado, é necessário, primeiro, obter a rescisão da sentença que causou o dano. Nota-se, neste aspecto, profunda divergência doutrinária, delineando-se duas correntes distintas: uma propugna pela necessidade prévia de rescindir a sentença danosa para ingressar com a ação de reparação de danos; outra sustenta que o ajuizamento da ação indenizatória não prescinde da rescisão da referida sentença.

A primeira corrente, ao sustentar que a ação de reparação de danos somente pode ser ajuizada após a obtenção da rescisão da sentença, apega-se à idéia de coisa julgada material. Presentes os efeitos da coisa julgada material, trazendo em si a presunção de verdade, não se pode acionar o Estado para obter indenização. A existência de coisa julgada material funciona como óbice ao exercício do direito de ação.

Juary da Silva, ardoroso defensor da responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional, fala em pré-condição: não se pode ajuizar a ação de reparação de danos sem antes obter a rescisão da sentença danosa: "Por via de consequência, antes de suscitar a responsabilidade do Estado em relação a uma sentença transitada em julgado, há que primeiro *desfazer a coisa julgada*, utilizando para isso o remédio jurídico adequado, que é a ação rescisória. Isto é imperioso mesmo de *lege lata*, uma vez que resulta da própria natureza das coisas, sendo ocioso estatuir a respeito em lei"¹¹.

Da mesma opinião partilha José Guilherme de Souza, defensor da responsabilidade patrimonial do Estado por erro judiciário praticado na esfera cível: "O erro judiciário pode ocorrer também na esfera civil, caso em que é pressuposto da reparabilidade do dano a ação rescisória para desconstituição da sentença e comprovação do erro"¹².

Para esses autores, a coisa julgada material deve ser desfeita para, somente depois, poder-se ajuizar a ação de reparação de dano contra o Estado. A exigência conduz a mais uma situação: se a sentença não for desfeita pela ação rescisória, não caberá a condenação por erro judiciário cível.

¹¹ Silva, J. C. *Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais e legislativos*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 175.

¹² Souza, *op. cit.*, p. 130.

Mas este entendimento não tem sido aceito passivamente pela doutrina. Outra corrente sustenta a tese segundo a qual a ação de reparação de danos pode ser ajuizada contra o Estado independentemente de ter sido rescindida ou não a sentença danosa. Se houve erro judiciário e dele resultaram danos, o lesado pode buscar sua reparação.

Neste sentido a lição de Ada Pellegrini Grinover: "Sobre a desnecessidade de primeiro desconstituir-se, por via de rescisória, a sentença passada em julgado, para depois ajuizar-se ação de responsabilidade civil, basta observar que a ação de responsabilidade não tem por objetivo a desconstituição da sentença, que permanecerá válida e íntegra"¹³.

A questão torna-se mais delicada quando se observa que o Código de Processo Civil fixa prazo decadencial de dois anos, contados a partir do trânsito em julgado da sentença, para o ajuizamento da ação rescisória (art. 495). Adotada a tese da imprescindibilidade da rescisão da sentença danosa para ajuizar contra o Estado a ação de reparação de danos, como resolver o problema na hipótese em que, já transcorrido o prazo para a rescisória, se descobrir fato capaz de fundamentar a rescisão da sentença? Passados os dois anos, a sentença não mais poderá ser rescindida nos termos do art. 485 do CPC. Neste caso, a vítima do erro judiciário civil ficará irressarcida?

Dito em outras palavras e voltando-se a uma hipótese perfeitamente possível de acontecer no mundo prático: o juiz, embora impedido de exercer as funções em ação de despejo em que sua esposa é parte autora na ação, profere a sentença julgando procedente o pedido. A decisão, tendo ferido a norma inserta no art. 134, inciso V, pode ser rescindida com base no art. 485, inciso II (primeira parte), ambos do CPC. Por ser absolutamente ilógica, violadora do direito de propriedade do sujeito passivo na relação jurídico-processual (que, em verdade, era a legítima proprietária do imóvel), a sentença causa danos à parte vencida.

Mas a parte vencida na ação somente toma conhecimento do impedimento do juiz para a causa após três anos do trânsito em julgado da referida sentença. Está decaída, portanto, do direito de ajuizar a ação rescisória. Indaga-se: em razão disso, estará impedida de ajuizar ação de reparação de dano contra o Estado? O fato de não provar que rescindiu a sentença viciada (o Direito não lhe concede mais prazo para rescindi-la e, quando havia o prazo, o vício estava oculto) é impeditivo da ação de reparação de dano contra o Estado?

A solução não deve ser outra: o lesado poderá ajuizar ação de reparação de dano contra o Estado independentemente de ter havido ou não a rescisão da sentença danosa. Não pode ser imposta pré-condição a ser

¹³ Grinover, A. P. Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques: a responsabilidade do juiz brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 11.

preenchida pelo lesado.

Esta solução deve ser acolhida por ser a mais justa. Ademais, não se pode esquecer que são duas relações jurídicas distintas: a primeira (a ação rescisória) entre particulares, em que o Estado-juiz, em tese, atua com independência e imparcialidade; a outra (ação de reparação de dano) entre o lesado e o Estado.

Esta dualidade de tratamentos foi bem observada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "Com efeito, o fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial. A decisão continua a valer para ambas as partes; a que ganhou e a que perdeu continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada, que permanece inatingível. É o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência de erro judiciário"¹⁴.

Em síntese, o erro judiciário civil enseja a ação de reparação de dano contra o Estado. O dano sofrido, seja na esfera penal, seja na cível, não pode ficar irressarcido.

2. DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA

O acesso ao Poder Judiciário é garantia constitucional. A ninguém pode ser negado. Toda pessoa tem o direito de ajuizar uma ação exigindo manifestação do Estado-juiz. Não pode exigir que a manifestação lhe seja favorável, porém pode exigir que haja uma manifestação estatal sobre a existência ou não de seu direito.

A prestação jurisdicional é um dever do Estado, e exigí-la é um direito da pessoa. O que esta busca perante o Estado é o reconhecimento de que o Direito lhe pertence: almeja, portanto, sentir-se satisfeita em seu sentimento de justiça. Busca, enfim, justiça; e o Estado-juiz não pode negá-la.

Mas, que é de negação de justiça? Augusto do Amaral Dergint diz que, em sentido amplo, é toda deficiência interna do Poder Judiciário que resulte em falta do Estado quanto ao seu dever de proteção judiciária. Mas, em sentido estrito, denegação de justiça "consiste na negação do Estado-juiz em oferecer a devida proteção aos direitos de seus cidadãos mediante a proteção da tutela jurisdicional"¹⁵.

¹⁴ Di Pietro, M. S. Z. *Direito administrativo*, 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 511

¹⁵ Dergint, p.. do A. *Responsabilidade do estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 189

A denegação de justiça deve ser danosa. É preciso que a negativa de acesso ao Poder Judiciário ou que a má aplicação do direito causem algum dano ao jurisdicionado.

Neste sentido, escreve o juiz José Guilherme de Souza que a denegação de justiça precisa resultar em dano sério e grave ao patrimônio do jurisdicionado. "Deve ser considerada como presente em casos muito restritos, para não ser confundida com a injustiça da decisão, que é reconhecível, mas, em não causando dano por dolo ou culpa do magistrado, ou pelo mau funcionamento dos serviços judiciários (como se verá a seguir), não ensejará a responsabilidade estatal"¹⁶.

No Direito brasileiro, as leis processuais estabelecem obrigações ao juiz no sentido de que ele não negue, nem atrase, a prestação da tutela jurisdicional. Em inúmeras hipóteses os códigos processuais fixam prazos dentro dos quais os atos processuais devem ser praticados. E o juiz também está submetido a regras dessa natureza. O atraso na prestação jurisdicional também pode significar denegação de justiça.

Apenas a título de exemplificação, destacam-se algumas regras relativas a prazos, previstas no CPC, às quais o juiz está submetido: a) quando alguém ingressa com pedido para ser admitido como assistente de uma das partes do processo e a este pedido houver impugnação, o juiz tem prazo de cinco dias para decidir (art. 51, III); b) no processo sumário, terminada a instrução e os debates orais, o juiz deverá proferir a sentença na própria audiência ou em prazo de dez dias (art. 281). Estes prazos impostos aos juízes são, em última instância, deveres do Estado.

A hipótese mais elucidativa em que a lei procura evitar que a justiça seja negada está no art. 133, inciso II, do CPC. Ali está prevista a responsabilidade do juiz (em verdade, do Estado) quando este "recusar, omitir ou retardar, sem motivo justo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte". Ora, havendo recusa, omissão ou retardamento da prestação jurisdicional, o que está ocorrendo, na verdade, é denegação de justiça. E esta circunstância acarreta a responsabilidade patrimonial do Estado (e não do juiz, conforme adiante será evidenciado).

Nesta linha, Augusto do Amaral Dergint entende que toda omissão do juiz em desempenhar seu papel, especialmente, em julgar "dentro de um lapso temporal legalmente estabelecido ou de efetiva necessidade das partes, implica a não-prestação da tutela jurisdicional, isto é, denegação de justiça"¹⁷.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que a denegação da justiça é uma das mais graves atividades danosas praticadas pelo magistrado, pois

¹⁶ Souza, *op. cit.*, p. 130.

¹⁷ *Idem*, p. 191

deixa sem contrapartida o direito constitucionalmente previsto de obter, pela via da ação judicial a proteção aos direitos lesados ou ameaçados. Não há como negar a responsabilidade do estado, além da responsabilidade pessoal do juiz, pelos danos decorrentes dessa lesão¹⁸.

A denegação de justiça é um comportamento que não se deve tolerar no Estado-juiz. Mesmo reconhecendo que a estrutura do aparelho estatal é deficitária, a denegação de justiça avulta em gravidade. Além de negar o direito do seu titular, desencanta a sociedade, que quer - e precisa - confiar no Estado-juiz.

3. DEMORA NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

O Estado chamou para si o monopólio da prestação jurisdicional. Encarregou-se de executar este serviço, público pela própria natureza, franqueando-o a todos os membros da coletividade. Em nosso sistema jurídico, qualquer pessoa pode ter acesso aos serviços do Poder Judiciário. Isto é garantido pelas normas ordinárias processuais e, sobretudo, por princípios constitucionais que protegem os direitos individuais e coletivos.

Ao prestar esse serviço público, o Estado deve imprimir certo grau de qualidade e exercê-lo dentro de prazos razoáveis, de modo a que toda pessoa possa se sentir estimulada a proteger seu direito lesado ou ameaçado de lesão.

Sabe-se que o oferecimento de serviços públicos, no âmbito do Poder Judiciário, dentro de prazo razoável, é anseio das pessoas, tanto aqui quanto em outros lugares do mundo inteiro. Por esse motivo, o tema consta em diversos documentos internacionais.

O Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, assinado em 1966, e ratificado pelo Brasil em 1992, estabelece que qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal "terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade" (art. 9º.3). Assegura ainda que "qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à reparação" (art. 9º.5).

Semelhante é o tratamento dado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (San José da Costa Rica) celebrada em 1969, ao dispor que "toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela".

¹⁸ 18 Di Pietro, *op. cit.*, p. 94.

Em ambas as disposições, nota-se a preocupação do legislador internacionalista em fazer com que atos processuais sejam praticados dentro de um período razoável de tempo, o que evita a violação de bens jurídicos fundamentais pertencentes ao particular.

Ensina Augusto do Amaral Dergint que cabe ao Estado zelar por certo grau de perfeição na prestação do serviço judiciário, de modo que seu funcionamento tardio provoca, como consequência lógica, seu dever de responder pelos danos que eventualmente causar. A demora na prestação da tutela jurisdicional pode ocorrer por várias razões. "Se o retardamento decorrer de falhas e deficiências do aparelho judiciário (sem culpa ou dolo do juiz), representadas por sobrecarga e acúmulo de serviço ou por má distribuição de juizes, servidores e processos, o Estado é integralmente responsável pelo 'acidente administrativo'. Se a demora advier de desídia judicial (que é uma forma de culpa, equiparada à negligência), deve também responder o juiz, ainda que apenas regressivamente, ao Estado (conforme o art. 37, par. 6º da Constituição Federal)"¹⁹.

É importante observar que o autor assume posição que decorre da própria Constituição: havendo dano ao particular, por qualquer razão que seja, o Estado deve indenizá-lo, com base na teoria objetiva, podendo exercer o direito de regresso, mas nos estreitos limites do dolo e da culpa. Se não houve dolo ou culpa do juiz, o Estado indeniza o lesado e não tem de quem se ressarcir.

José Augusto Delgado assevera que o Estado deve responder civilmente quando, pela demora na prestação jurisdicional, causar lesão a particular. E, com fulcro ainda na Constituição de 1967, invoca argumentos válidos à luz da Constituição atual: "a) O sistema jurídico sobre responsabilidade civil do Estado está vinculado à teoria objetiva; b) o Juiz, mesmo fazendo parte de uma categoria especial de funcionários, age em nome do Estado e atua como membro de um dos seus poderes; c) Estado e Juiz formam um todo indissociável pelo que, se o magistrado causar dano ao particular, por demora na prestação jurisdicional. Cabe ao Poder Público responder patrimonialmente; d) o art. 153, § 4º, da CF, não permite que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. É ao Estado assegurado o pronunciamento judicial como único meio de estabilizar definitivamente qualquer direito conflitado, pelo que deve responder por prejuízos resultantes da sua má atuação em fazer aplicar tal dogma constitucional; e) a finalidade da tutela jurisdicional é garantir que

O direito objetivo material seja obedecido; f) constitui garantia individual implícita (art. 153, § 36, CF) a prestação jurisdicional dentro dos prazos fixados pela legislação ordinária, não só com apoio no princípio da

¹⁹ Dergint, *op. cit.*, p. 196.

legalidade, quando o Estado deve suportar a lei que ele próprio fez, como também, por ser inconciliável com o sistema o fato de não gerar responsabilidade o descumprimento do direito positivo”²⁰.

Note-se que o autor faz essas considerações sob a vigência da Constituição revogada, mas persistem elas intocáveis e são verdadeiras em face da Constituição atual.

Outro autor conceituado que sustenta a tese de que o Estado deve indenizar os prejuízos causados pela demora na prestação da tutela jurisdicional é José Guilherme de Souza. O Estado deve oferecer essa modalidade de serviço público com eficácia. É para isso que o jurisdicionado paga impostos e taxas: "Esta é a base da responsabilidade do Estado pelo fato das coisas: na sua condição instrumental ele deve retribuir com serviços eficientes e eficazes o que os cidadãos recolhem aos seus cofres: falhas eventuais na operacionalização desses serviços deverão repercutir sobre ele na forma de sua responsabilização por tais falhas, havendo ou não culpa de seus agentes”²¹.

Se o Estado arrecada tributos e taxas judiciárias com a finalidade específica de executar esta modalidade de serviço público, deve prestá-lo com certo grau de qualidade. Ele deve fazer bem os serviços que presta. E entregá-los dentro de prazo razoável é corresponder ao que é seu dever e anseio dos jurisdicionados.

José Augusto Delgado, juiz de larga experiência, combate veementemente a morosidade da justiça, propugnando pela necessidade da formação de jurisprudência neste sentido. "A realidade mostra que não é mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça, quer pela ineficiência dos serviços forenses, quer pela indolência dos seus juizes. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação da justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional. Outro caminho não tem o administrado, senão o de voltar-se contra o próprio Estado que lhe retardou a justiça, e exigir-lhe reparação civil pelo dano, pouco importando que por tal via também enfrente idêntica dificuldade”²².

Mas não tem sido esse o entendimento dos tribunais, nos quais são encontradas muitas resistências ao acolhimento da tese. O Supremo Tribunal Federal entende que, em face da ausência de previsão legal, o Estado não pode ser compelido a indenizar pela demora na prestação de tutela jurisdicional. O que se encontra são belos votos vencidos, como o que se reproduz aqui.

²⁰ Delgado, J. A. Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, p. 151-152, 1985.

²¹ Souza, J. G. Responsabilidade civil do estado pelo exercício da atividade judiciária. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 164, p. 131, 1991.

²² *Idem*, 1985, p. 155.

É bastante conhecido o voto do então Ministro Aliomar Baleeiro: "Dou provimento ao recurso, porque me parece subsistir, no caso, responsabilidade do Estado em não prover adequadamente o bom funcionamento da justiça, ocasionando, por sua omissão de recursos materiais e pessoais adequados, os esforços ao pontual cumprimento dos deveres dos juizes. Nem poderia ignorar essas dificuldades, porque, como consta das duas decisões contrárias ao recorrente, estando uma das Comarcas acéfala, o que obrigou o juiz a atendê-la, sem prejuízo da sua própria ambas congestionadas de serviço - a Comissão de Disciplina declarou-se em regime de exceção, ampliando os prazos"²³.

Não é demais observar que se está em seara de voto vencido. O entendimento do STF é de que a teoria objetiva não se aplica quando a lesão é praticada por ato do juiz, o qual fica pessoalmente sujeito às regras processuais, que exigem dolo ou culpa. A orientação que veio a predominar nesta Corte, em face das Constituições anteriores à 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, 1ª T., RE 111609-AM, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.03.93, p. 04281).

Em conclusão, em que pese ser outra a linha jurisprudencial dominante, entende-se que o Estado deve ser responsabilizado pelos danos resultantes do exercício da atividade jurisdicional. Se houver falha humana ou falha do serviço em si, o Estado deve indenizar o lesado com base na teoria objetiva, na modalidade do risco administrativo. O direito de regresso, em face do servidor faltoso, será exercido em casos de dolo ou culpa. Não havendo nenhum destes elementos, o Estado indeniza a vítima. Sem direito de regresso.

4. DOLO E CULPA DO JUIZ

Ainda no primeiro quartel do século passado, verberava Rui Barbosa que "todos os juizes deste mundo gozam, como juizes, pela natureza essencial às suas funções, o benefício de não poderem incorrer em responsabilidade pela inteligência que derem às leis de que são aplicadores"²⁴. Esta lição não pode ser olvidada.

O legislador ordinário prevê várias hipóteses de responsabilidade do patrimonial do juiz. Trata-se de responsabilidade pessoal, fulcrada em dolo ou culpa daquele que exerce a função jurisdicional. Analisar-se-ão, mesmo

²³ Baleeiro, A. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, v. 90, p. 141, 1967. 24 Barbosa, R. *Pensamento e ação de Rui Barbosa*. Brasília: Senado Federal, 1999, p. 169.

²⁴ Barbosa, R. *Pensamento e ação de Rui Barbosa*. Brasília: Senado Federal, 1999, p. 169.

que de modo breve, as hipóteses mais importantes e, posteriormente, como ficam essas normas em face do que dispõe a Constituição Federal. Mas, desde logo, é preciso afirmar que a norma ordinária que não estiver de acordo com a Constituição deverá ser tida como revogada ou inconstitucional.

O Código de Processo Civil, que veio a lume por meio da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, prevê a responsabilidade patrimonial do juiz (não do Estado) quando este proceder com dolo ou fraude e nas hipóteses em que recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deveria ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Reza o artigo 133 do Código Processo Civil: "Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no número II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias."

O inciso I fala em dolo ou fraude. Parece ser inútil falar em fraude, pois esta estaria contida no dolo. No inciso II, fala-se em recusar, omitir ou retardar. Nas hipóteses deste inciso, não é necessário que haja dolo: basta a culpa *stricto sensu*. O parágrafo único permite que o juiz, a requerimento da parte, determine a providência no prazo de dez dias. Se fizer isso, o problema estará sanado.

É preciso, no entanto, ficar bem claro que o juiz não está obrigado a atender ao pedido da parte, deferindo-o. "Havendo despacho seu, indeferindo o pedido, sua função foi desempenhada, ainda que a decisão se funde em interpretação que possa ser considerada errônea"²⁵. O que deverá o juiz fazer é despachar, concedendo ou negando o pedido.

Mas, as normas inseridas no art. 133 do CPC já não têm vigência. Quando foi editado, em 1973, estava em vigor a Constituição de 1967 (com EC nº/69), que, a exemplo do que já ocorria com a Constituição de 1946, consagrava o princípio da responsabilidade objetiva do Estado. De fato, estabelecia o art. 105 daquela Carta que as pessoas jurídicas de direito público respondiam pelos danos que seus funcionários, nesta qualidade, causassem a terceiros. O parágrafo único resguardava o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa.

Portanto, se desde 1967 a responsabilidade é objetiva e o responsável pelo dano é o Estado, o art. 133 do CPC nasceu inconstitucional. A regra processual não se aplica. Responsável é o Estado e não o juiz. Este

²⁵ Barbi, C. A. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p.543.

somente pode responder - se for o caso - por meio do direito de regresso, a ser exercido pelo Estado.

Neste sentido, posicionava-se Pontes de Miranda, explicando que o Estado pode responder mesmo quando ao juiz não possa ser atribuída a responsabilidade por não ter agido com dolo ou culpa. Entendia que isso se dava porque o fundamento da responsabilidade era a teoria objetiva: "A responsabilidade do Estado pode existir ainda que não exista a responsabilidade do juiz. O Estado responde pelo fato da lesão ao direito, por parte dos funcionários públicos, ainda que não tenha culpa desses; a ação regressiva do Estado é que depende da culpa do funcionário público. O assunto é estranho ao direito processual"²⁶.

De modo idêntico ao que estabelece o CPC, dispõe a Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, que instituiu a Lei Orgânica da Magistratura Nacional: "Art. 49. Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento das partes. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de dez dias".

Como se nota, a Lei Complementar foi editada em 1979. Nasceu, portanto, na vigência da Constituição de 1967 (com a EC nº/69), que, a exemplo da Constituição de 1946, previa a responsabilidade objetiva do Estado e o direito de regresso - quando cabível - a ser exercido pelo Estado contra o seu agente. Conforme já ficou demonstrado, estabelecia o art. 105 daquela Carta que as pessoas jurídicas de direito público respondiam pelos danos que seus funcionários, nesta qualidade, causassem a terceiros. O parágrafo único resguardava o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa.

Ao prever a responsabilidade pessoal do juiz, e não a do Estado, o art. 49 da LOMN feriu a norma inserida no art. 105 da Constituição de 1967. Nasceu, portanto, inconstitucional.

A conclusão inarredável a que se deve chegar é uma só: tanto o art. 133 do CPC quanto o art. 49 da LOMN não mais têm vigência, estão fora do sistema jurídico, não podem ser aplicados. Se nenhuma dessas normas pode ser aplicada, resta a norma inserida no art. 37, § 6º da atual Constituição, que consagra o princípio da responsabilidade objetiva do Estado por atos de seus agentes. Como agente do Estado, o juiz não responde.

Nem se tente argumentar que a LOMN é fruto de lei complementar à

²⁶ Pontes de Miranda, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 398.

Constituição e que, por isso, deveria ter outra solução, diferente daquela dada à lei ordinária. Já não cabe a discussão, pois esta espécie normativa, depois de aprovada, adquire posição hierárquica idêntica à da lei ordinária. Tanto uma quanto a outra, contrariando a Constituição, devem deixar de ser aplicadas.

Deste modo, quando um agente do Estado (no caso, o juiz), no exercício de sua função, causar dano a terceiro, o Estado responde patrimonialmente, com base na teoria objetiva, na modalidade do risco administrativo. Posteriormente, provando-se dolo ou culpa do juiz, poderá o Estado exercer o direito de regresso. Não havendo dolo ou culpa do juiz, o Estado indeniza e o ônus fica socializado, tudo em nome do princípio da igualdade.

Neste sentido, o pronunciamento de Juary C. da Silva, que nega a validade jurídica dos dispositivos acima analisados. Para esse autor, a responsabilidade civil do Estado por atos judiciais abrange até o disposto no artigo 133 do Código de Processo Civil. Tendo em vista o princípio constitucional da responsabilidade civil do Estado por atos praticados por seus agentes, conclui, em face da Constituição Federal de 1969 (refere-se à EC nº 1/69), que o dispositivo processual é inconstitucional, dissonante, inarmônico, exceptivo²⁷.

O Código Civil contém várias disposições com as quais atribui (pessoalmente) ao juiz a responsabilidade pelos danos decorrentes do exercício da função jurisdicional. Os arts. 294 e 420 falam em responsabilidade subsidiária do juiz.

Nesta mesma linha, O art. 421 prevê a responsabilidade pessoal e direta do juiz quando este não tiver nomeado tutor ou quando a nomeação não tiver sido oportuna. Em qualquer dessas hipóteses, pelos fundamentos já amplamente expostos neste estudo, é de se afastar a responsabilidade patrimonial do juiz, pois se trata de responsabilidade que somente pode ser atribuída ao Estado. Tais artigos do Código Civil encontram-se revogados, desde a Constituição de 1946, a qual consagrou, pela primeira vez no Direito brasileiro, a responsabilidade objetiva do Estado.

Já ficou amplamente demonstrado ao longo deste trabalho que o juiz é agente do Estado, que, quando exerce a função jurisdicional, não o faz em seu nome, mas em nome do Estado. Neste sentido a lição de José Cretella Júnior: "Pessoalmente o juiz não é responsável. Não pode ser. Responsável é o Estado. Juiz é órgão do Estado. Estado e juiz formam um todo indissociável. Se o magistrado causa dano ao particular, o Estado indeniza, exercendo depois o direito de regresso contra o causador do dano."

²⁷ Silva, J. C. Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais e legislativos. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 219.

5. CONCLUSÃO

O exercício da atividade judiciária pode acarretar danos ao jurisdicionado. Fala-se em algumas espécies de atividades danosas: erro judiciário (civil ou penal), denegação de justiça, serviço judiciário defeituoso e dolo ou culpa do juiz.

É uma tradição no Direito brasileiro indenizar o erro judiciário penal. A vítima deste erro judiciário pode requerer a devida reparação do dano. A Constituição prevê duas hipóteses de reparação de danos judiciais: quando houver erro judiciário e quando a prisão exceder ao tempo fixado na sentença.

Quanto ao erro judiciário civil, profunda é a divergência doutrinária. Parte dos juristas entende não ser ele admitido por absoluta falta de previsão legal, mas doutrinadores mais recentes entendem que o erro decorrente da atividade judiciária, seja penal ou civil, deve ser reparado. Dentre os autores que admitem a reparabilidade do erro judiciário civil, alguns sustentam que isto somente pode ocorrer após a desconstituição da sentença por meio da ação rescisória. Outros, porém, sustentam que a reparação do dano decorrente de erro judiciário civil independe da prévia desconstituição da sentença, posição adotada neste estudo.

A denegação de justiça, quando danosa ao jurisdicionado, acarreta a responsabilidade patrimonial do Estado. Toda pessoa tem o direito constitucional de acesso aos serviços prestados pelo Estado-juiz. Sua denegação constitui-se em violação a esse direito.

Toda pessoa tem o direito de ter seu litígio julgado dentro de prazo razoável, devendo o Estado zelar por certo grau de perfeição dos serviços judiciais. O retardamento da prestação jurisdicional pode acarretar dano ao jurisdicionado, que enseja a responsabilidade patrimonial do Estado.

Se o juiz, no exercício de suas funções, procedeu com dolo ou culpa, a responsabilidade patrimonial não é dele, mas do Estado. Aliás, pouco importa se o juiz agiu com dolo ou culpa: a responsabilidade é baseada na teoria objetiva. A culpa ou o dolo do juiz devem ser aferidos para efeito do exercício do direito de regresso. Somente para isso. Deste modo, os arts. 133 do CPC e 49 da LOMN nasceram inconstitucionais em face do princípio da responsabilidade objetiva consagrado ainda na Constituição de 1946 e presente na Constituição atual (art. 37, § 6º).

6. REFERÊNCIAS

BALEEIRO, A. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, v. 90, p. 141, 1967.

- BARBI, C. A. *Comentários ao código de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- BARBOSA, R. *Oração aos moços*. 4. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa. 1997.
- BARBOSA, R. *Pensamento e ação de Rui Barbosa*. Brasília: Senado Federal, 1999.
- CAHALI, Y. S. *Responsabilidade civil do estado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1982.
- CALAMANDREI, P. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. Trad. Ary dos Santos, 7. ed. São Paulo: Livraria Clássica, [19--].
- DELGADO, J. A. Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 40, p. 151-152, 1985.
- DERGINT, A. do A. *Responsabilidade do estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*, 12. ed. São Paulo; Atlas, 2000.
- FACHIN Z. *Responsabilidade patrimonial do estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GRINOVER, A. P. Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques: a responsabilidade do juiz brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1982.
- MARQUES, J. F. *Elementos de direito processual penal*. São Paulo: Bookseller, 1998.
- MEDAUAR, O. *Direito administrativo brasileiro*, 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- SILVA, J. C. Responsabilidade do estado por atos jurisdicionais e legislativos. São Paulo: Saraiva, 1985.
- SOUZA, J. G. de. Responsabilidade civil do estado pelo exercício da atividade judiciária. *Revista jurídica*, Porto Alegre, v. 164, 1991.
- TOURINHO FILHO, F. da C. *Processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 4.

