



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA ADMINISTRAÇÃO DA
JUSTIÇA: O ERRO JUDICIÁRIO**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Adriano Tito Cavalcanti Figueiredo

Orientador: Professor Doutor Ricardo Pedro

Número do candidato: 30000124

Março de 2022

LISBOA

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Orientador, Dr. Ricardo Pedro, pela paciência na orientação necessária à confecção do presente trabalho e pela admirável maestria no domínio do tema.

Aos meus pais e familiares pela torcida e incentivo necessários à minha formação pessoal e profissional e pelas lições dadas ao longo da vida, que foram fundamentais ao equilíbrio, fé e mansidão durante as horas dedicadas ao Mestrado.

Aos meus filhos, João e Mariana, pela confiança em mim dedicada e pelas horas de resignado espaço e distância que foram utilizadas durante os anos em que o presente projeto me acompanhou.

À minha esposa Cláudia, meu bembem, em especial, por não me deixar desistir. Por não me deixar abater, por me fazer encontrar força aonde nem eu mesmo sabia que existia. Pela dedicação na revisão e digitação do texto, pela entrega, doação e esforço empreendidos. Sem ela eu jamais teria chegado até o presente momento. Pelas palavras de confiança na minha capacidade. Pelo amor demonstrado em todos os momentos da jornada que decidimos enfrentar juntos. Pelo carinho, cumplicidade, intimidade, amizade e devoção. Com ela, por ela e para ela, meu eterno agradecimento e admiração.

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto o estudo comparado da responsabilidade civil por erro judiciário entre a legislação brasileira e portuguesa, com enfoque na norma lusitana consumada na Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro. Para o desenvolvimento do trabalho, foi realizada pesquisa bibliográfica acerca do tema que alcançou doutrinadores clássicos e contemporâneos em ambos os países, além de amplo estudo dos julgados nas cortes das duas nações. Isto porque Portugal editou legislação específica que rege a responsabilidade extracontratual do Estado quando da atuação de seus três Poderes, o que não se observa no Brasil, que padece com clara lacuna legislativa quanto ao tema, em especial quando da atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário. Tal realidade dificulta não somente o estudo, mas, em especial, a aplicação dos postulados da responsabilidade civil do Estado quando do cometimento de ato lesivo em sua atuação judicial ou jurisdicional. Deixando de lado as regras de responsabilidade em âmbito penal ou em consequências da má aplicação das normas criminais, o enfoque do estudo reside em universo jurídico eminentemente civilista, dedicando-se, na parte introdutória, a fazer breve abordagem acerca da origem da responsabilidade civil e sua conformação constitucional, além de referenciar as principais teorias vigentes em ambos os países. Assim, o trabalho busca esmiuçar a norma portuguesa que, usada como paradigma, revela-se como referência quando da imposição de indenizar por dano impingido a outrem por ato oriundo do Poder Judiciário. Desde os postulados basilares do RRCEE até a análise detida dos artigos 12º, 13º e 14º da Lei nº 67/2007, o presente trabalho dissertativo se dedica à busca pela compreensão dos conceitos relativos à má administração da justiça e ao conceito de erro judiciário propriamente dito. Sob a ótica dos Tribunais e doutrinadores contemporâneos portugueses, a dissertação aborda ainda a responsabilidade pessoal do juiz quando da constatação de ato lesivo por si praticado, além de suscitar a questão processual encontrada no direito português que culminou com a alteração do Código de Processo Civil do país. Por fim, a obra faz referência quanto ao tema no âmbito do direito comum europeu de forma a complementar o estudo aqui realizado.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Erro judiciário. Juiz. Erro manifesto de direito. Erro grosseiro de fato. Ato ilícito. Culpa. Dano. Nexo. Atos judiciais. Atos jurisdicionais. Princípio da Efetividade.

ABSTRACT

The present dissertation has as its object the comparative study of civil liability for miscarriage of justice between Brazilian and Portuguese legislation, focusing on the Portuguese norm consummated in Law n° 67/2007, of December 31st. For the development of the work, a bibliographic research was carried out on the subject that reached classical and contemporary scholars in both countries, in addition to an extensive study of the judgments in the courts of both nations. This is because Portugal enacted specific legislation that governs the extra-contractual liability of the State when its three powers act, which is not observed in Brazil, which suffers from a clear legislative gap on the subject, especially when the Legislative and Judiciary Powers act. This reality makes it difficult not only to study, but, in particular, to apply the postulates of the state's civil liability when committing a harmful act in its judicial or jurisdictional action. Leaving aside the rules of liability in the criminal sphere or as a result of the misapplication of criminal rules, the focus of the study resides in an eminently civilist legal universe, dedicating itself, in the introductory part, to a brief approach on the origin of civil liability and its constitutional conformation, in addition to referencing the main theories in force in both countries. Thus, the work seeks to scrutinize the Portuguese norm that, used as a paradigm, reveals itself as a reference when imposing indemnification for damage inflicted on others by an act originating from the Judiciary. From the basic postulates of the RRCEE to the detailed analysis of articles 12, 13 and 14 of Law n° 67/2007, this dissertation is dedicated to the search for an understanding of the concepts related to the maladministration of justice and the concept of judicial error itself. From the point of view of contemporary Portuguese courts and scholars, the dissertation also addresses the personal responsibility of the judge when he finds a harmful act committed by him, in addition to raising the procedural issue found in Portuguese law that culminated in the amendment of the Civil Procedure Code of the parents. Finally, the work makes reference to the subject within the scope of common European law in order to complement the study carried out here.

Keywords: State civil liability. Judicial error. Judge. Manifest error of law. Gross mistake indeed. Illicit act. Fault. Damage. Nexus Judicial acts. Jurisdictional acts. Effectiveness Principle.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO

1. A Responsabilidade Civil – Considerações introdutórias.....	12
2. Noções sobre a responsabilidade civil do Estado e sua conformação constitucional.....	20
3. Teorias acerca da responsabilidade civil do Estado.....	29
3.1. Teorias adotadas no Brasil.....	29
3.1.1 A teoria do risco administrativo.....	31
3.1.2 A teoria do risco integral.....	34
3.2 Teorias adotadas em Portugal.....	35
3.2.1 A responsabilidade civil pelo ato ilícito.....	36
3.2.2 A responsabilidade civil pelo risco.....	36
3.2.3 A responsabilidade civil pelo ato lícito (sacrifício)	37
4. Responsabilidade Civil do Estado pela administração da justiça.....	39
4.1 No Brasil.....	43
4.1.1 A responsabilidade do agente causador do dano no Brasil.....	54
4.2 Em Portugal.....	60
4.2.1 A responsabilidade civil do agente causador do dano em Portugal.....	67
5. O erro judiciário.....	72
5.1 O ilícito civil.....	86
5.2 Dolo e culpa.....	90
5.3 Dano.....	97
5.4 Nexo.....	101
6. O erro judiciário e a problemática processual.....	106
7. Breve comentário acerca do tema no direito da União Europeia.....	117
8. Conclusão.....	122
REFERÊNCIAS.....	125

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF/88 – Constituição da República de 1988

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

LC – Lei Complementar

RCE – Responsabilidade Civil do Estado

RRCEE – Regime de Responsabilidade Civil do Estado e Entidades Públicas

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

INTRODUÇÃO

O tema Responsabilidade Civil é dos mais relevantes na atualidade, apesar de não ser algo novo no universo jurídico. As relações sociais e suas consequências têm, desde a massificação do atual modelo de organização produtiva que vivemos, ganhado contornos em que a repercussão dos atos e fatos jurídicos, públicos ou privados, passaram a ser uma constante, de sorte que o dever imposto ao Estado de indenizar os danos *per si* causados foi elevado ao patamar de norma de direitos humanos¹.

No presente trabalho, buscamos confrontar a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário a partir da análise do tema sob as óticas portuguesa e brasileira, o que maximizou sua dificuldade ante as particularidades encontradas em cada um dos ordenamentos estudados.

Apesar da amplitude do tema Responsabilidade Civil do Estado, o estudo se concentra na análise da responsabilidade civil extracontratual do Estado oriunda da prática de um ato jurisdicional lesivo. Isto quer dizer que não propõe estudar as demais esferas de responsabilidade civil do Estado, como, por exemplo, a responsabilidade contratual, bem como os demais casos de responsabilidade extracontratual que tenham origem diversa do erro judiciário².

O trabalho concentra-se na conceituação e caracterização do erro judiciário, bem como na análise crítica do tema à luz da legislação dos dois países, dedicando-se a abordar de forma mais concentrada a realidade portuguesa, em especial quanto à presença dos pressupostos materiais e processuais da ação de responsabilidade contra o Estado.

Para melhor compreensão do tema proposto no presente trabalho, precisamos estudar conceitos iniciais sobre a Responsabilidade Civil, a exemplo de seu surgimento, sua atualização

¹ Nas palavras de João Conde Correia, ao abordar o direito à indenização em caso de erro judiciário, indenizar quem foi indevidamente privado de seus direitos humanos fortalece esses mesmos direitos, de sorte que a indenização concretiza os direitos humanos (CORREIA, João Conde - **Direito a indemnização em caso de erro judiciário**. p. 2.043).

² Apesar do normativo previsto no artigo 12º, da Lei nº 67/2007, seguir o regime da responsabilidade pelo exercício da função administrativa, faremos uma abordagem mesmo que perfunctória, de forma a diferenciar os danos decorrentes do exercício da função jurisdicional do conceito de erro judiciário propriamente dito. Já que no Brasil não existe normativo que diferencie de forma clara tais conceitos, o presente trabalho fará uso de conceitos comparativos, conforme se verá nas linhas abaixo.

e conformação nas legislações do Brasil e de Portugal, bem como seus desdobramentos quanto à figura do magistrado, assunto do primeiro capítulo. Para tanto, faremos uma imersão rápida na evolução histórica acerca do tema e sua cristalização nas normas postas.

Desde seu surgimento e da clara origem privatista, a Responsabilidade Civil do Estado evoluiu a ponto de tomar lugar no rol de princípio constitucional, em especial quando aplicada na prática cotidiana e nas relações entre o particular e o ente público enquanto ser dotado de personalidade³.

No segundo capítulo, já de posse dos conceitos iniciais, faremos um aprofundamento necessário ao seu melhor entendimento consubstanciado na conformação da Responsabilidade Civil no texto constitucional e infraconstitucional, de forma a dar ao leitor a visão mais ampla possível quanto ao tema.

Certo é que a forma como as Constituições do Brasil e de Portugal tratam o assunto é fundamental à análise prática, já que a partir de tal tratamento as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas.

Por razões óbvias, entender como a norma máxima de um país recebeu e normatizou matéria de tamanha envergadura é o ponto de partida para que se torne possível perceber como ocorre a aplicação prática da Responsabilidade Civil, uma vez que normas infraconstitucionais têm, na maioria das vezes, maior proximidade com a vida do cidadão comum.

A Constituição da República Portuguesa prevê a RCE no artigo 22º, lecionando acerca da responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas solidariamente com seus titulares. A norma está contida na Parte I, da CRP, de forma a deixar clara a intenção do legislador de dar ao tema caráter de direito fundamental.

No Brasil, o tema é tratado no artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a responsabilidade pelos danos causados por pessoas jurídicas de direito público e

³ O regime da responsabilidade civil do Estado encontra-se positivado, como se verá, tanto na Constituição da República Portuguesa quanto na Constituição Federal da República do Brasil, de sorte que indubitável seu caráter principiológico resultado do conceito de Estado Democrático de Direito.

de direito privado prestadoras de serviço público, aqui incluído o Estado, personificado pela União Federal.

No terceiro capítulo, propomos um afunilamento necessário à análise mais detida acerca do instituto e das teorias aplicáveis no Brasil e em Portugal. O tópico traz as formas clássicas de interpretação e aplicação do tema quando da atuação do Estado a partir do Poder Executivo⁴.

Isto porque, conforme será desenvolvido no decorrer do estudo, a responsabilidade civil do Estado por prática de atos jurisdicionais ainda encontra dissonâncias na doutrina moderna.

Em Portugal, a edição da Lei nº 67/2007, chamada Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas, de forma acertada e coerente, regrou o tema nas três esferas clássicas de atuação do Estado (administrativa, jurisdicional e legislativa), o que não ocorreu no Brasil.

Assim, buscamos dissecar as teorias relativas à responsabilidade civil do Estado em sua atuação “clássica”, qual seja, na função administrativa⁵. Tal estudo se revela imprescindível já que, a partir dele, desenvolveu-se a RCE por atos do Poder Judiciário, o que é abordado especificamente no tópico seguinte.

Entender o tema, portanto, na ótica de atuação do Estado-juiz, é trabalho relegado ao quarto capítulo deste trabalho dissertativo, que aborda diretamente a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário.

Como se trata de um estudo comparado, o tópico se dedica a construir o raciocínio jurídico desde a teoria da total irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicional com base no Princípio da Soberania até sua aplicação contemporânea a partir de julgados das cortes

⁴ Abordar a responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função administrativa se faz necessário ante a ausência de lei no Brasil nos moldes do RRCEE, o que resulta na utilização de técnica jurídica “emprestada” quando da análise de casos em que se busca a reparação pela prática de ato lesivo oriundo da função judiciária. Conforme veremos no desenrolar do presente trabalho, a doutrina e a jurisprudência brasileiras desenvolvem a responsabilidade civil do Estado por atos do Poder Judiciário com base nos postulados da responsabilidade civil do Estado por atos do Poder Executivo.

⁵ FALCÃO, Alexandre Targino Gomes - **A responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional (enfoque no Direito Brasileiro)**. p. 73.

brasileiras e portuguesas, estes, em particular, sedimentados nas regras contidas na Lei nº 67/2007, em especial seus artigos 12º e 13º.

Como restará evidente, a ausência de norma clara quanto ao tema no Brasil possibilita a interpretação e aplicação da RCE de forma mais elástica e extremamente subjetiva. Como veremos, apesar da evidente aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva prevista na Constituição Federal de 1988, os Tribunais brasileiros sedimentaram entendimento de que a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário ocorre na modalidade subjetiva, impondo-se, portanto, ao jurisdicionado, o dever de provar dolo, culpa ou erro grosseiro do julgador.

Em Portugal, a inovação trazida pelo RRCEE aponta caminho a ser seguido pelo Brasil, ainda que o tema mereça discreta crítica, conforme abordamos igualmente no mesmo capítulo, cujo teor se dedica ainda a entender como os normativos de ambos os países regem a responsabilidade do julgador.

O que se pretende entender com referida análise é a consequência da prática de atos jurisdicionais lesivos para a pessoa do magistrado em caso de atuação que imponha prejuízo a terceiro, além de como o Estado deve se portar diante de tal situação.

No capítulo cinco, abordamos diretamente o conceito de erro judiciário sob as óticas brasileira e portuguesa, dissecando os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, o ato ilícito, o dolo, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

Optou-se por abordar tais pressupostos somente no referido capítulo de forma a construí-los sob a ótica da atuação jurisdicional do Estado, já que existem particularidades quanto ao tema em casos de ação lesiva oriundas do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

No capítulo seis, faremos uma análise superficial, porém necessária, quanto ao problema processual exurgido da imposição legislativa de revogação da decisão danosa como pressuposto para a propositura da ação por responsabilidade civil.

Tanto no Brasil quanto em Portugal, encontramos barreiras processuais que dificultam o acesso do jurisdicionado ao direito de reparação, de sorte que se faz necessário trazer luz ao tema, como aqui se propõe.

Por fim, busca-se abordar como a matéria é tratada no direito da União Europeia e suas consequências para o ordenamento jurídico português, o que é trabalhado no capítulo sete.

O presente estudo não tem a intenção de esgotar matéria tão relevante e rica, dedicando-se apenas a realizar a análise comparativa e contemporânea da Responsabilidade Civil do Estado por erro judiciário mediante o levantamento de questões bastante relevantes para a evolução deste importante postulado do Estado Democrático de Direito.

1. Responsabilidade Civil – Considerações Introdutórias

O tema proposto é, como dito, de extrema relevância ante a maximização das dinâmicas estabelecidas entre particulares e o Estado enquanto ente de atuação concreta na vida cotidiana. Antes de abordar a relação entre Estado e particular, contudo, necessário tecer comentários acerca dos conceitos relativos à responsabilidade civil e seus pressupostos.

A noção superficial da responsabilidade civil nos leva à simples construção de que ela se resume ao dever de reparar dano imposto a outrem. Na verdade, o tema está envolto em complexidade própria, o que instiga seu detalhado estudo.

Nas palavras de Irene Patrícia Nohara⁶:

[...] toda essa simplicidade é ilusória. O assunto da responsabilidade civil é por vezes tratado na doutrina sem que sejam aprofundadas as sutilezas das diferentes noções adotadas. A própria denominação do tema já parte de um pressuposto, pois houve no histórico da responsabilização dois fundamentos básicos para a responsabilização estatal: a doutrina da culpa, amparada precipuamente no Direito Civil, e a doutrina do risco, que é a adotada pelo Direito Administrativo brasileiro da atualidade. Portanto, trata-se de assunto controvertido, repleto de sutis divergências que levam a repercussões práticas distintas. O exercício do poder pelo Estado pressupõe uma complexa gama de normas que lhe garantem privilégios ao tempo em que restringem sua liberdade. Independente do ponto de partida adotado, é fato que a prática de atos pelo Estado pode ocasionar lesão a terceiros, razão pela qual deve este ser responsabilizado civilmente.

A terminologia “responsabilidade civil” pode levar o interlocutor a entender que se trata de relação estabelecida no campo civil, restringindo-se ao direito privado, o que exclui, por consequência, a atuação estatal de direito público. Contudo, não se deve confundir a ideia de “responsabilidade civil” com as normas de direito civil em si, de natureza privada.

Como o instituto versa sobre o dever de reparar, e tal reparação se dá no campo patrimonial, uma vez que, não poucas vezes, a restituição do *status quo ante* é impossível, autores como Charles Eisenmann⁷ defendiam a alteração do termo para *responsabilidade reparadora*. Independente do termo, releva-se o fato de que o dever de reparar é tão antigo quanto os mais basilares ideais de justiça.

⁶ NOHARA, Irene Patrícia - **Direito Administrativo**. p. 355.

⁷ Eisenmann *apud* Nohara, Irene Patrícia - **Revista digital de Direito Administrativo**.

A conhecida Lei do Talião, por exemplo, e as lições jurídico-filosóficas dos gregos, já impunham, à sua maneira, o dever de reparação quando da imposição injustificada de danos, mas foi o direito francês e suas lições que trouxeram à modernidade as regras hoje vigentes.

É fato que foi no império romano que o direito civil se desenvolveu de forma organizada e, desde então, as relações contratuais e obrigacionais, como as conhecemos hoje, são regidas por normas positivadas. O que se buscava já naquele tempo era a garantia de que os acordos firmados entre as pessoas fossem cumpridos ou pudessem ser exigidos em caso de inadimplemento⁸.

A lei romana autorizava que o credor (aquele a quem se deve uma prestação) vendesse o devedor (aquele que deve a prestação) no mercado de escravos de forma a se reverter ao credor o montante auferido, satisfazendo-se, assim, a obrigação. Caso o devedor tivesse vários credores, a lei autorizava que aquele fosse repartido em tantos pedaços quanto necessários a que cada credor fosse satisfeito. Os relatos históricos mostram que tal lei não chegou a ser aplicada, evidenciando, contudo, que, em relações rudimentares, o corpo físico do credor era o garantidor de que este cumpriria sua parte na avença⁹.

Por tais razões, o tema está intrinsecamente ligado ao direito patrimonial, “sendo a reparação dos danos algo sucessivo à transgressão de uma obrigação, dever jurídico ou direito”, como assevera Silvio de Salvo Venosa¹⁰.

Tal entendimento é corroborado pro Sérgio Cavalieri Filho:¹¹

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano. É aqui que entra a noção de responsabilidade civil.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona – **Novo Curso de Direito Civil**. p. 40-42.

⁹ *Idem – Ibidem*.

¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo - **Direito civil: responsabilidade civil**. p. 2.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio - **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. p. 16.

A evolução social impôs uma importante mudança nessa relação, de forma que passou-se a autorizar que o credor alcançasse o patrimônio do devedor inadimplente. Assim, o direito obrigacional se desenvolveu como ramo do direito patrimonial¹².

Esta alteração lançou uma nova luz sobre as relações pessoais que tinham como objeto a prestação de uma obrigação, em especial com a cristalização do princípio de que os bens do devedor são a garantia comum de seus credores.

Cavaliere Filho lembra, ainda, que a escola alemã é responsável por muitas das conquistas do direito moderno¹³:

Trata-se de uma conquista do Direito moderno, devida à obra monumental dos pandectistas alemães do século XIX, que criaram a parte geral do Direito Civil e, por conseguinte, deram-nos os fundamentos científicos de toda a teoria da responsabilidade hoje estudada. O Código Civil Alemão - BGB 1897 – foi o primeiro a abandonar a tradicional classificação romanista de delito e quase-delito e, no lugar dessa dicotomia, erigiu um conceito único - o conceito do ato ilícito.

A partir de então, toda a construção teórica quanto ao instituto das Obrigações ganhou relevante importância ao ponto de ser, ainda hoje, tema basilar do estudo de outros ramos do direito, como a Responsabilidade Civil.

Isto se deve ao fato de que, sem os postulados relativos às Obrigações, é provável que as teorias da Responsabilidade Civil tivessem ganhado outro contorno, uma vez que na Responsabilidade Civil o que se busca é o equilíbrio patrimonial (ainda que tal patrimônio seja metafísico ou moral), diminuído pelo dano causado por outrem.

Ocorre que o direito obrigacional, ou a obrigação propriamente dita, pode surgir como desdobramento das relações contratuais havidas entre os particulares (atos jurídicos negociais), por força da lei (atos jurídicos não negociais) ou por aquilo que chamamos de atos ilícitos¹⁴. A partir desta sistematização, podemos dizer que os danos impostos a alguém por atos praticados por determinada pessoa devem ser ressarcidos ou indenizados, o que chamamos de responsabilidade civil.

¹² DINIZ, Maria Helena Diniz - **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. p. 19.

¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio - **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. p. 29.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena Diniz - **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. p. 58-59.

É inegável que o caráter primário da responsabilidade civil pensado pela doutrina francesa se baseia na ideia de reparação do dano. No ordenamento jurídico brasileiro, tal função encontra-se estampada no texto constitucional, como lembra Sérgio Cavalieri Filho.

Tal fenômeno também se verifica no texto constitucional português que, em seu artigo 1º¹⁵, estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

A Responsabilidade é, portanto, a imposição de solução que restabeleça equilíbrio às relações sociais abaladas pela prática de um ato atentatório ao direito pessoal ou patrimonial de outrem, ainda que emanado do ente central da construção social moderna, que é o Estado. Assim, toda manifestação de vontade materializada por um ato, ainda que negativo, que provoca prejuízo moral ou material a alguém, faz surgir o problema da responsabilidade.

Mas a Responsabilidade em si não se esgota na prática de um ato que cause dano, ao contrário, pode nascer de outras fontes, como as obrigações e, ainda, pelo mero exercício de certa atividade, a exemplo da Responsabilidade Extracontratual. Neste particular, é vasta a doutrina brasileira e portuguesa a estudar o tema e conceituá-lo de forma bastante clara. Apesar das diversas esferas de atuação, é fato incontroverso que a Responsabilidade surge dos postulados das Obrigações ou do Direito Obrigacional.

Tal afirmação é confirmada ante a conclusão de que não há que se falar em Responsabilidade e no dever de reparação sem que estejam presentes os requisitos ensejadores da Obrigação. O Direito Obrigacional é ramo nevrálgico do Direito Civil, uma vez que contempla um complexo de normas que regem o direito de ordem patrimonial e, *per si*, guardam relação estreita com a sociedade contemporânea.

Como dito, o direito patrimonial vigente é herança dos postulados romanos que, a partir da figura do *nexum*, conferiam ao credor o poder de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação.

¹⁵ Constituição da República Portuguesa. Artigo 1º: Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Para se concretizar o dever de indenizar, contudo, se faz imperiosa a constatação de requisitos mínimos, quais sejam, o fato ou ato lesivo, o dano indenizável e o nexo havido entre o ato e o dano¹⁶. Por razões claras, a evolução da teoria da responsabilidade civil comporta modulações quanto aos requisitos, o que não se pretende abordar neste ponto do estudo.

Importa entender que a responsabilidade civil é algo que toca a todos nós que vivemos em sociedade, uma vez que estamos sujeitos à prática de atos que imponham o dever de indenizar ou de sermos indenizados. A vida cotidiana é regida por ações e omissões que, intencionalmente ou não, causam prejuízos a outrem, de forma que a lei impõe sua reparação. Como dito acima, a responsabilidade civil tem por objetivo a devolução do *status quo* em que se encontrava o ofendido antes da lesão, ou reparação equivalente, uma vez impossível tal devolução. É este dever de indenizar que tem natureza obrigacional e nasce, portanto, do direito civil.

Diferente das outras esferas de responsabilidade, como a penal, aqui não se busca a punição do agente causador do dano, apenas a reposição do prejuízo por ele causado. A ideia não se revela no intento de castigar, mas de compensar o lesado.

Nas palavras de Guilherme da Fonseca e Miguel Bettencourt da Câmara¹⁷:

A responsabilidade civil não cuida, à partida, de castigar comportamentos censuráveis, pois a indenização é atribuída apenas para compensar o lesado e não punir o lesante. Assim, através deste instituto procura-se transferir as consequências da lesão efetuada ao lesado para o lesante, pois o que está em causa é perceber quem é deve suportar o dano: se o titular do direito lesado ou o autor do facto ilícito.

A doutrina moderna, contudo, aceita a imputação de responsabilidade civil com o fito de punir, figura conhecida como *punitive damages*. Por tal raciocínio, tanto a lei lusitana quanto a brasileira lançam mão de figuras que claramente autorizam a imposição do dever de indenizar como forma de punir o lesante. A figura impõe detido estudo de forma a possibilitar a distinção da responsabilidade civil da figura penal, sob pena de se autorizar o *bis in idem*.

¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona – **Novo Curso de Direito Civil**. p. 55.

¹⁷ DA CÂMARA, Miguel Bettencourt; DA FONSECA, Guilherme – **A Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos – Responsabilidade do Legislador, do “Juiz” e da Administração Pública. A Acção contra o Estado**. p. 17.

Os pressupostos de ato ilícito, dano indenizável e nexó de causalidade acima descritos são figuras típicas da responsabilidade civil exultante do fato ilícito, ressaltando-se a modulação de sua exigência em casos específicos, como nas relações de consumo e naquelas havidas entre o particular e o Estado, como estudaremos à frente.

Por hora, tais pressupostos, nascidos das relações privadas, são a base a partir da qual se desenvolveu toda a doutrina sobre o tema, razão pela qual merecem rápida abordagem. Vejamos.

O ato jurídico é, doutrinariamente, toda ação humana, ou não, capaz de alterar a esfera de direito de alguém¹⁸. O fato e o ato jurídico são, portanto, aqueles que constituem, extinguem ou modificam direitos. Para a responsabilidade civil, importante ressaltar que ambos (fato ou ato) devem ou possam ser imputados a alguém de forma que se identifique e responsabilize o lesante. O ato em si, sem a conotação de ilicitude, pode, a depender do caso concreto, enquadrar-se como excludente do dever de indenizar, de forma que a antijuridicidade, ou seja, a contrariedade à norma posta, precisa estar presente para que a forma clássica de responsabilidade civil seja invocada.

Para além disso, necessário que o ato ilícito tenha sido praticado de forma a se atribuir a seu agente a culpa, descrita como elemento subjetivo composto pela consciência (ainda que involuntária, já que a voluntariedade é elemento do dolo) somada à negligência (quebra do dever de cuidado, inobservância de um dever de conduta). O que se espera de qualquer ser humano médio é o comportamento condizente com os preceitos sociais vigentes, ainda que este não os conheça de forma profunda. O dever de conduta se traduz na necessária atenção, prudência e diligência. Como dito, a ação humana contrária às normas de prudência precisa ser analisada à luz da consciência para que se lhe possa imputar o dever de indenizar o dano.

Neste sentido leciona Flávio Tartuce¹⁹:

Ainda a respeito da conduta humana, deverá ser voluntária, no sentido de ser controlável pela vontade à qual o fato é imputável. Surge, portanto, o elemento da voluntariedade. Observa-se, dentro dessa ideia, que haverá responsabilidade civil por um ato próprio, respondendo o agente com o seu patrimônio.

¹⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona – **Novo Curso de Direito Civil**. p. 59.

¹⁹ TARTUCE, Flávio - **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. p. 394.

Quanto a este último elemento (dano), necessário dizer que sua caracterização deriva da diminuição ou subtração de um direito patrimonial (materialmente mensuráveis), ainda que de dimensão moral (compreendido aqui o dano estético) e indenizável. Tal prejuízo, mesmo que experimentado em momento posterior à prática do ato lesivo, também deve ser reparado, o que doutrinariamente se tem por danos emergentes. Vale dizer que a jurisprudência afasta de forma horizontal o dever de indenizar o dano hipotético, também chamado de “quase dano”. A necessidade de confirmação, concretização do dano, é condição *sine qua non* para sua reparabilidade.

Por fim, o pressuposto do nexo, ou do vínculo havido entre o ato lesivo e o dano suportado pelo lesado, é o elemento que fecha a equação sobre a qual repousam os postulados da responsabilidade civil. O que se impõe para o dever de indenizar é a constatação de que o resultado danoso suportado tenha surgido como consequência do ato praticado pelo lesante. Se faz necessária a relação de causalidade entre a ação culposa do agente e o resultado danoso experimentado. Sem o nexo de causalidade não há que se falar em dever de indenizar. De forma acadêmica, basta que se retire o ato lesivo da equação e se constate o resultado. Caso este não seja observado, presente o nexo de causalidade e, portanto, o dever de indenizar.

A problematização a que se dedica o presente trabalho se relaciona especialmente ao tema Responsabilidade Civil do Estado partindo do pressuposto de que o ato lesivo origina-se a partir de conduta estatal, o que obriga o estudo a partir de nova ótica.

Para Hely Lopes Meireles²⁰, “preliminarmente fixa-se que responsabilidade civil é a que se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais ou morais e se exaure com a indenização. Como obrigação meramente patrimonial, a responsabilidade civil independe da criminal e da administrativa, com as quais pode coexistir sem, todavia, se confundir”.

O Autor segue dizendo que a “responsabilidade civil da Administração é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor dano causado a terceiros por agentes públicos,

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes - **Direito Administrativo Brasileiro**. p. 661.

no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-la, ou pela “inadequação dos serviços públicos”. É distinta da responsabilidade contratual e legal”²¹.

A discussão quanto às características essenciais da responsabilidade civil do Estado e seus pressupostos será analisada de forma a se entender melhor como o tema se aplica no direito moderno. Para tanto, será abordada nos capítulos seguintes a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, oportunamente conceituada adiante.

Contudo, para melhor compreender a Responsabilidade Civil do Estado, imperiosa se faz sua contextualização histórica. Saber onde e em que condições surgiu é, portanto, nosso ponto de partida. Nas palavras de Paulo Otero, “a responsabilidade civil dos poderes públicos, independente da natureza da função ou atividade que desenvolvem, é um princípio estruturante do Estado de juridicidade e, em termos simultâneos, um direito fundamental dos cidadãos”²².

Entre os postulados do direito civil, no que se referem às normas obrigacionais até a responsabilidade civil do Estado, existe uma vasta gama de conceitos, regras e pressupostos que não se pretende esgotar neste estudo.

Como dito, a responsabilidade civil tem seu nascedouro nos postulados do direito das obrigações, ramo autônomo do direito civil que tem como raiz as regras de direito patrimonial. É da relação entre particulares (direito das obrigações) e da necessidade de se garantir a reparação por danos causados entre em si que advém as normas relativas à responsabilidade civil.

Como asseveram os autores Guilherme da Fonseca e Miguel Bettencourt da Câmara²³, “quando se fala em actos ou factos, em comportamentos, lícitos ou ilícitos, no risco social, ou quando se fala em culpa, emnexo de causalidade e em dano ou prejuízo, fala-se inevitavelmente em Direito Civil, pois tudo isso é tratado civilisticamente, ainda que se deva pensar no salto do direito privado para o direito público”.

²¹ *Idem – Ibidem.*

²² GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades – Comentários à luz da Jurisprudência.** p. 23.

²³ DA CÂMARA, Miguel Bettencourt; DA FONSECA, Guilherme – **A Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos – Responsabilidade do Legislador, do “Juiz” e da Administração Pública. A Acção contra o Estado.** p. 13.

Como dito acima, toda a teoria da responsabilidade civil se desenvolveu dentro do ramo do direito privado, de forma que sua aplicação ao Estado (ente de natureza eminentemente pública) não se deu de forma rápida, sendo lapidada pela evolução das relações entre os particulares e o próprio Estado, conforme veremos no capítulo a seguir.

2. Noções sobre a responsabilidade civil do Estado e sua conformação constitucional

A responsabilização civil do Estado pela prática de atos lesivos era algo não imaginado no passado, em especial antes do surgimento de teorias jurídicas sobre o tema, entre meados do século XVIII e o início do século XIX. Para melhor entender como se dava tal situação, basta lembrar que o Estado, como o conhecemos no mundo ocidental, é consequência de muitos anos de evolução social que tem como origem os modelos monárquicos predominantes na Europa, de forma que este se confundia com a figura do soberano e, sendo ele a manifestação divina na terra, impossível que suas ações, ainda que prejudiciais, estivessem sob a ótica de dever ou obrigação de indenizar.

Na Europa medieval, vigia o brocardo *the king can do no wrong*²⁴, de sorte que impossível qualquer construção que impusesse o dever de indenizar o lesado por atos do Estado. Tal situação não eximia, por óbvio, os auxiliares do rei quando, agindo em seu nome, causavam prejuízos a alguém, mas nada comparado aos postulados modernos acerca da responsabilidade civil de agentes públicos.

Desde a magna carta de João Sem-Terra, as relações entre a monarquia e o povo não mais aceitavam a ideia de que o soberano tudo podia. Contudo, foi a revolução francesa e o Estado Liberal que fulminaram a então vigente submissão do povo às vontades do soberano, inaugurando-se o império das leis e o princípio da legalidade. Sob sua ótica, até mesmo os regimes monárquicos precisavam se submeter às normas postas, vedando-se atos do Rei que ferissem as leis²⁵.

²⁴ O rei não erra

²⁵ FALCÃO, Alexandre Targino Gomes - **A responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional (ênfase no Direito Brasileiro)**. p. 42.

É certo que foram poucas as monarquias que resistiram às consequências da revolução francesa, de forma que outro ponto de inflexão necessário à migração da teoria da total irresponsabilização ao moderno conceito de responsabilidade civil repousa sobre o aspecto organizacional do Estado e a aplicação prática da tripartição dos Poderes.

A aplicação plena das teorias de Montesquieu e a profissionalização organizacional do Estado possibilitaram sua submissão a regramentos jurídicos que até então se aplicavam somente aos particulares. Some-se a isto a extensão do aspecto de personalidade dado ao Estado e se percebe a necessária submissão deste, e de seus interpostos funcionários, às normas de responsabilidade civil como forma de pacificar e regular o poder estatal.

Além da legalidade, do aspecto organizacional e da personalidade dada ao Estado, importante perceber que o amadurecimento das relações comerciais/econômicas, com o surgimento de grandes corporações e intensificação das relações negociais entre Estados soberanos, o expansionismo mercantil e o surgimento de nações nos territórios americanos desconectados da raiz monárquica europeia, somam como vozes que clamavam pela submissão do Estado aos estatutos que antes alcançavam apenas os particulares.

A história narra como primeiro caso de responsabilidade civil do Estado, nos moldes hoje conhecidos, o chamado Caso *Blanco*²⁶, na França, em 1872, quando a menina Agnes Blanco foi atropelada por um veículo da Companhia Nacional de Manufatura do Fumo, empresa estatal francesa. Em razão do sinistro, o pai da criança entrou com uma ação na Justiça francesa exigindo o pagamento de uma indenização por parte do Estado, já que a causadora do prejuízo era uma empresa estatal.

Uma vez julgado o conflito de competência nos Tribunais do país, foi publicado acórdão reconhecendo haver uma responsabilidade civil diferente daquela prevista na legislação civil, inaugurando-se a responsabilidade objetiva ocasionada por danos decorrentes de serviços públicos²⁷.

²⁶ COSTA, Moacir dos Santos - **A responsabilidade civil do juiz por danos resultantes de culpa em sentido estrito no exercício da função: a tolerância à atuação negligente, imprudente e imperita do magistrado brasileiro (1939-2017)**. p. 92.

²⁷ *Idem – Ibidem.*

Por óbvio que a primeira decisão acerca do tema não se debruçou sobre aspectos relativos à responsabilidade objetiva, subjetiva, contratual ou extracontratual, tampouco as esgotou, fazendo exsurgir, contudo, a teoria da responsabilidade civil do Estado por atos da administração.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 (primeira após a independência) trouxe em seu artigo 178, XXIX, que “os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos”.

Naquele período aplicava-se a teoria da irresponsabilidade do Estado, ou seja, este não poderia ser sujeito da prática de atos ilícitos, mas seus agentes, em tal qualidade, sim.

A problemática somente sofreu grande alteração com a edição do Código Civil de 1917 (Lei nº 3.017, de 1º de janeiro), que, em seu artigo 15, recepcionou, no campo da responsabilidade civil do Estado, a teoria da culpa, *in verbis*: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

Diferentemente da teoria da irresponsabilidade administrativa, a teoria da culpa aceitava ser o Estado ente passível de responsabilidade civil, o que ocorria com a comprovação, por parte do lesado, do elemento subjetivo culpa (negligência, imprudência ou imperícia), ao tempo em que colocava o agente público, representante do Estado, como responsável direto.

Nas palavras do Autor brasileiro Hely Lopes Meireles²⁸, “o questionado art. 15 nunca admitiu a responsabilidade sem culpa, exigindo sempre e em todos os casos a demonstração desse elemento subjetivo para a responsabilização do Estado”.

Em 1934, com a promulgação do novo texto constitucional em 16 de junho, a responsabilidade civil do Estado, no Brasil, não só ganha *status* constitucional como também

²⁸ MEIRELES, Hely Lopes - **Direito Administrativo Brasileiro**. p. 661.

passa a incluir o funcionário público como responsável solidário²⁹. O texto, contudo, não abandona o dogma subjetivista, impondo a culpa como elemento necessário à sua caracterização. Tal entendimento se mantém similar no texto da Constituição Federal de 1937.

Em 1946, por advento da nova carta constitucional, inaugura-se no Brasil a chamada “fase objetivista”, na qual o Estado passa a ser civilmente responsável, independente do elemento culpa.

Dizia a Constituição Federal de 1946, artigo 194, *in verbis*:

Artigo 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caber-lhe-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

A importância do texto de 1946 para o tema é imensa, pois, pela primeira vez, a Lei Maior faz constar a responsabilidade civil objetiva do Estado, diga-se, de forma clara e indubitável. Outra inovação inserida no texto se dá na relação com o agente público, que deixa de ser solidariamente responsável, passando a ser demandado em ação regressiva caso comprovada sua culpa.

O tema é tratado mais uma vez na Constituição Federal de 1988, hoje vigente, especificamente no artigo 37, § 6º. *In verbis*:

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

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

²⁹ OLIVEIRA, Tarsis Barreto; LIMA, Edinalva Cardoso - **Responsabilidade civil do Estado por erro judicial: Natureza e excludentes de responsabilidade.**

Sobre o artigo supracitado, importante destacar que: 1) o texto foi claro em aplicar a responsabilidade civil objetiva a todos os entes estatais (pessoas jurídicas de direito público) e equiparados (pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos) de forma transversa; 2) fez inserir a pessoa do agente público, com a ressalva de que a ele se aplica a teoria subjetivista (culpa), cabendo ao Estado a devida ação regressiva.

A partir do texto de 1988, a doutrina reconheceu imperar no Brasil não somente a teoria da responsabilidade civil objetiva como também a teoria do risco administrativo que, em suma, estabelece o risco da própria atividade administrativa do Estado como base para a aplicação da responsabilidade civil (admitindo-se as excludentes, uma vez ausente o nexa causal). Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - PRISÃO INJUSTA - ERRO JUDICIÁRIO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE DE INDENIZAR. 1- A responsabilidade civil do Estado é objetiva, cabendo ao lesado demonstrar o evento e o seu nexa causal com o dano causado, independente da existência de culpa ou dolo do infrator. 2- O dispositivo constitucional do art. 5º, LXXV, garante a indenização por erro judiciário. (TJ-MG - AC: 10000160572228001 MG, Relator: Alice Birchall, Data de Julgamento: 22/01/0017, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 27/01/2017)³⁰.

Vale lembrar, por fim, que o tema também é tratado no vigente Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, artigo 43, que diz que “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Em claro alinhamento com a Constituição, o Código Civil consagrou a teoria do risco administrativo³¹.

O histórico português, por seu turno, nos remete ao Decreto-Lei nº 48051, de 21 de novembro de 1967, que trouxe alteração ao texto do Código Civil de 1933 que já previa, em seu artigo 501º, a responsabilidade civil por atos da gestão privada, aplicada aos casos em que

³⁰ Disponível em <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423025072/apelacao-civel-ac-10000160572228001-mg>.

³¹ Como lembra Alvarez Vianna, existem na legislação infraconstitucional brasileira normativos que abordam o tema Responsabilidade Civil do Estado, mas que não serão aqui abordados em razão de fugirem ao objeto do presente estudo, tais como o Código Penal, Código de Processo Penal e a Lei de Abuso de Autoridade (VIANNA, José Ricardo Alvarez - **Erro judiciário e sua responsabilização civil**. p. 107-108).

a administração pública atuava como particular, ou seja, alheia aos poderes inerentes à administração³². Pela norma do Código Civil, portanto, uma vez agindo como particular, estava a administração pública sujeita à responsabilidade civil como se particular fosse.

O Decreto-Lei de 1967, como dito, complementou a lei civil para inaugurar a responsabilidade do Estado por atos da gestão pública, ou seja, aqueles surgidos pela prática de atos clássicos da administração considerados danosos. Como afirma Joana Catarina³³, até a edição do RRCEE, “apenas se encontrava regulada a responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função administrativa”. Conforme ressalta a Autora, a discussão quanto a abrangência do texto de 1967 foi objeto de análise do Supremo Tribunal de Justiça em 2003³⁴.

Diferentemente do Brasil, a norma portuguesa não somente trouxe reflexos no campo do direito material como também claro desdobramento processual, uma vez que tal alteração impôs o deslocamento da jurisdição entre a comum e a administrativa. Durante muito tempo, a norma portuguesa do Decreto-Lei nº 48051 vigeu como referência do tema, salvo poucas exceções previstas na legislação penal.

Assim, segmentou-se a responsabilidade civil extracontratual do Estado e das pessoas jurídicas de direito público, tendo como origem específica os atos relativos à função administrativa, excluindo-se a aplicação por atos do Estado-juiz e do Estado-legislador.

Ainda sob a vigência do Decreto-Lei de 1967, foi promulgada a atual Constituição da República Portuguesa. Em seu artigo 22º, cuidou-se o legislador constitucional de fazer constar a responsabilidade civil do Estado em solidariedade com os titulares de seus órgãos e os agentes,

³² Paulo Otero ressalta que D. Afonso II, ainda no século XIII, reconhecia a responsabilidade civil por danos gerados por sua conduta em caso de guerra (*in* GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades – Comentários à luz da Jurisprudência**. p. 23).

³³ ANJOS, Joana Catarina Neto dos - **Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário: o concurso de culpa do lesado e as garantias de uma tutela jurisdicional efetiva**. p. 12.

³⁴ De acordo com o julgado, “pretendeu regular a responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas no domínio dos actos de gestão pública e atribuiu nova redacção ao artigo 815º, nº 1, alínea b), do Código Administrativo, o qual determinou a inclusão no âmbito do contencioso administrativo ‘dos pedidos de indemnização feitos à administração relativamente aos danos decorrentes de actos de gestão pública’. Do confronto desta norma com o artigo 1º do citado Decreto-Lei resulta claramente ter-se pretendido abranger apenas ‘actos de administração’, com exclusão dos actos da função jurisdicional”.

no exercício de suas funções, pelos prejuízos causados aos particulares³⁵. Não por acaso, o texto se encontra disposto como direito fundamental.

Antes da edição da norma constitucional portuguesa, a falta de normativo claro e específico resultou na adoção da teoria da responsabilidade civil extracontratual clássica, ou seja, para sua configuração bastava a junção dos pressupostos da existência do fato lesivo (lícito ou ilícito), prova de sua autoria, dano indenizável e nexó entre o fato e o dano suportado.

Tal lacuna impôs aos doutrinadores e aos Tribunais portugueses o estudo e aplicação progressiva da norma contida no artigo 22º da Constituição da República, de forma a impor a reparação por danos que o Estado causasse, independente da origem do Poder (Executivo, Legislativo ou Judiciário).

Assim como as regras brasileiras anteriores à Constituição Federal de 1988, a CRP adotou a responsabilidade solidária entre o Estado e o agente público, deixando, contudo, de estabelecer os requisitos para sua aplicação de forma clara e objetiva. Como dito, tal situação impôs a adoção da teoria da responsabilidade extracontratual do Estado e das entidades análogas. Considerando o Estado como um todo dividido em três Poderes, imperiosa a conclusão de que a Constituição portuguesa prestigiou a aplicação da teoria independente da origem do ato lesivo.

Restou, assim, ao legislador infraconstitucional, a tarefa de moldar os pressupostos de cabimento da responsabilidade civil do Estado, bem como suas excludentes, obviamente à luz dos preceitos previstos na CRP. O próprio artigo 27º da Constituição ampliou o sentido da responsabilidade civil direta, objetiva e solidária do Estado e seus agentes para todas as esferas de sua atuação (administrativa, legislativa e judicial) ao impor o dever de indenizar àquele privado de sua liberdade de forma ilegal ou injustificada.

Além, portanto, de elevar o *status* da responsabilidade civil do Estado, a norma contida na CRP afasta qualquer dúvida acerca do tema, dando aos particulares que se relacionam direta

³⁵ Artigo 22.º Responsabilidade das entidades públicas - O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

ou indiretamente com o Estado o direito fundamental de serem indenizados pela prática de atos lesivos por parte do Estado e de seus agentes.

Necessário lembrar que a positivação de tal direito não dá ao Estado a discricionariedade quanto a qualidade da prestação de serviços públicos de forma ampla e regular sob o argumento de que sua falta ou má qualidade pode facilmente ser substituída pela devida indenização. Não. A cristalização do direito à indenização, por consequência do prejuízo causado pelo Estado, é, e deve ser, uma garantia quando eventual falha na atuação do Estado se materializa, o que deve acontecer como uma exceção.

O lapso temporal entre a edição da CRP, em 1967, e a Lei nº 67/2007, impôs ao direito português a discussão acerca da aplicação da norma constitucional sem que fossem estabelecidos os critérios complementares por norma infraconstitucional.

Contudo, não pairou sobre o tema qualquer dúvida de que, de um lado, os destinatários da norma eram o Estado e as demais entidades públicas, bem como as pessoas jurídicas de direito privado que atuassem em nome do Estado e, de outro, todas as pessoas naturais ou jurídicas de direito privado ou público (estas quando vítimas de atos lesivos praticados por agentes públicos).

Vários outros pontos relevantes foram suscitados ao longo do tempo, desde a aplicação dos preceitos sobre responsabilidade pela prática de atos lícitos até a interpretação contemporânea sobre o artigo 22º e a responsabilidade da União Europeia.

Certo é que a evolução do tema na norma constitucional portuguesa desde a Constituição de 1822, que consagrava em seu artigo 14º a responsabilidade pessoal dos funcionários públicos, passando pelos textos de 1826 e 1838, que previam de forma semelhante a responsabilidade pessoal do agente público, também experimentou as teorias da total irresponsabilidade do Estado e da responsabilidade indireta até se consagrar a responsabilidade direta na CRP de 1976.

Assim como no Brasil, o texto constitucional encontrou reflexo na norma complementar. Ocorre que em Portugal, de forma acertada, optou o legislador por editar norma ampla e

específica sobre o tema, consubstanciada na Lei nº 67/2007, que inaugurou o Regime de Responsabilidade Civil do Estado e Entidades Públicas (RRCEE) que substituiu o Decreto-Lei nº 48051 de 1967.

O RRCEE, diferente do superficial artigo 43 do Código Civil brasileiro, implementou uma série de alterações acerca do tema de forma a preencher antigas lacunas e criar novas, como é de costume no universo das leis. Certo é que o direito português possui, como bem é conhecido, um regime positivado acerca da responsabilidade civil do Estado, o que será devidamente analisado no decorrer do presente trabalho.

3. Teorias acerca da responsabilidade civil do Estado

Salvo diferenças pontuais, o regime de responsabilidade civil do Estado no Brasil e em Portugal ancora-se na teoria da responsabilidade direta ou teoria do risco administrativo, reconhecendo-se, em ambos os casos, a possibilidade de se afastar o dever de indenizar, ou seja, excludente de responsabilidade.

Apesar de tal característica, importante ressaltar que ambas as legislações aceitam, em casos específicos, a chamada teoria do risco integral. Para melhor entendimento, vamos explorar cada uma das teorias e suas características durante os tópicos que seguem.

O que se busca discutir no presente trabalho são peculiaridades da responsabilidade civil do Estado, especialmente no âmbito extracontratual, de forma que não serão abordadas as regras concernentes à responsabilidade contratual e suas teorias vigentes no Brasil e em Portugal.

O desafio premente repousa no fato de que a doutrina e a jurisprudência brasileira, na ausência de uma regra regulamentadora do tema, se dedicam ao estudo da responsabilidade civil do Estado em sua função administrativa, o que pode levar o leitor ao errôneo entendimento de que as três teorias abordadas se aplicam de forma idêntica aos atos lesivos emanados dos poderes judiciário e legislativo.

Contudo, conforme veremos no decorrer do estudo, a responsabilidade civil do Estado por atos do Poder Judiciário no Brasil rege-se por regras específicas, oportunamente abordadas adiante.

3.1 Teorias adotadas no Brasil

Como vimos na parte introdutória, ato jurídico é aquela ação ou omissão humana que repercute na esfera de direitos de alguém. Firmar um contrato, pagar uma conta, adquirir um imóvel ou provocar um acidente de trânsito tem como consequência direta a criação, modificação ou extinção de um direito. Lembremos que os postulados relativos ao tema têm como nascedouro as relações entre particulares e, por isso, são regulados historicamente pelas

normas de direito civil, portanto, na esfera privada. A aplicação de tais preceitos em ramo distinto, qual seja, direito público, impôs algumas adaptações.

Como já esposado acima, a responsabilidade civil do Estado no Brasil se aplica aos entes públicos e aos entes privados prestadores de serviços públicos, conforme previsto precipuamente no artigo 37, §6º, da CF/88. A norma constitucional regula a reparação de danos causados pelas pessoas jurídicas de direito público e pelas pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, restando excluídas as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.

Sob a ótica da responsabilidade civil do Estado, o ato danoso praticado pelo Estado e seu desdobramento quanto ao agente estatal é pressuposto necessário ao dever de indenizar nos casos em que o legislador aplicou a teoria do risco administrativo.

No Brasil, a responsabilidade civil estatal extracontratual é do tipo objetiva, o que modula o dogma inicial privado relativo a culpa. Por tal teoria, desnecessária a comprovação, pelo lesado, de que a ação estatal se deu por inobservância do dever geral de cautela. Com isto, basta que o prejudicado comprove que o ato ocorreu (independente do elemento volitivo) e que este resultou em prejuízo (dano e nexos).

Tal formato teórico não se distingue das regras relativas às responsabilidades insertas no direito do consumidor, que também impõem o dever de indenizar ao fornecedor de produtos e/ou serviços que causem prejuízos ao consumidor. No âmbito do direito consumerista, aplica-se a teoria da responsabilidade civil objetiva, afastando-se o elemento culpa para a configuração do dever de indenizar. Vale dizer, ainda, que o Brasil não adotou um regime geral de responsabilidade civil do Estado, especialmente no que se refere à divisão ou segmentação de tais normas em relação aos Poderes constituídos. Assim, dizemos que, de forma diversa do modelo lusitano, não há no país americano qualquer diferença entre a responsabilidade civil por ato da administração, do Estado-juiz ou do Estado-legislador, o que será melhor tratado adiante.

No que se refere ao modelo consumerista, por fim, ressalta-se que as bases estabelecidas quanto a responsabilidade civil do Estado são mais densas, conforme passamos a verificar.

3.1.1 A teoria do risco administrativo

A teoria do risco administrativo está prevista no texto constitucional brasileiro, especificamente no artigo 37, §6º, e no artigo 22º da Constituição da República Portuguesa, conforme demonstrado no capítulo 1. Segundo ela, o Estado é obrigado a indenizar a vítima de evento por si ocasionado independente da comprovação de dolo ou culpa, já que lastreado na responsabilidade civil objetiva.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles³⁶, “aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público”.

Podemos dizer que a teoria do risco administrativo impõe a confluência de alguns fatores para sua caracterização, quais sejam: 1. que o agente causador do dano seja pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público (excluindo-se aquelas que, mesmo de natureza pública, prestem serviços de caráter privado); 2. que haja um dano causado a terceiro em decorrência da prestação do serviço público independente da comprovação de culpa; 3. a não ocorrência de quaisquer das causas excludentes de ilicitude, a saber, culpa exclusiva da vítima ou de terceiros ou ocorrência de fatos naturais alheios ao controle da administração.

No entendimento do Superior Tribunal de Justiça do Brasil³⁷:

PRESCRIÇÃO - DEMORA INERENTE AO MECANISMO DA JUSTIÇA - RISCO ADMINISTRATIVO - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR O DANO - FERIMENTO OCORRIDO DURANTE TREINAMENTO MILITAR. A demora inerente ao mecanismo da justiça não pode prejudicar a parte diligente, dando causa à prescrição. **A teoria do risco administrativo requer apenas a prova do dano e o nexo causal para ensejar à administração a obrigação de reparar o dano.** Recurso parcialmente conhecido e improvido. (STJ - REsp: 184076 RN 1998/0056554-0, Relator: Ministro GARCIA VIEIRA, Data de Julgamento: 05/11/1998, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.02.1999 p. 127) (grifamos).

A detida análise do texto constitucional brasileiro revela que as entidades estatais, bem como as interpostas pessoas que prestem serviço de natureza estatal, estão inseridas no dever

³⁶ MEIRELES, Hely Lopes - **Direito Administrativo Brasileiro**. p. 663.

³⁷ Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19722744/recurso-especial-resp-184076-rn-1998-0056554-0>.

de indenizar o dano causado independente de prova de sua culpa, uma vez experimentada a lesão. O que diferencia, contudo, a responsabilidade civil do Estado das demais formas de responsabilidade objetiva (a exemplo do fornecedor em relação ao consumidor) é o fato de que o texto constitucional destaca o dever de indenizar as lesões causadas por seus agentes ou pessoas delegadas, nesta qualidade. O ponto de partida, portanto, para a aplicação da teoria do risco administrativo é constatar se o ato lesivo partiu de pessoa física ou jurídica investida de poderes para atuar em nome ou a mando do Estado, ainda que de forma provisória.

É evidente que o constituinte brasileiro excluiu, *a priori*, fatos ocasionados por fenômenos naturais ou por terceiros alheios à função administrativa, impondo à coletividade estatal o dever de indenizar o dano causado por aqueles que, de qualquer forma, exerçam função estatal. Nestes casos, os Tribunais brasileiros têm decidido que é imperiosa a prova da culpa para que se estabeleça o dever de indenizar, sem que se fale em quebra do paradigma da responsabilidade objetiva.

Havendo, portanto, fato emanado por terceiro ou eventos naturais como enchentes, deslizamentos de terra e afins, há que se comprovar a culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do Estado em seu dever de guarda ou na realização de obras públicas, posto que, como bem consignou o constituinte, somente se aplica a responsabilidade objetiva quando o ato danoso emanar de agente público ou pessoa física ou jurídica com atuação estatal³⁸.

³⁸ ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. CONDUTA IMPUTADA A AGENTE PÚBLICO. RELAÇÃO ENTRE A FUNÇÃO PÚBLICA EXERCIDA PELO AGENTE E O FATO GERADOR DO DANO. FATO DE TERCEIRO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. INEXISTÊNCIA. EXPOSIÇÃO DE TERCEIROS A RISCOS CRIADOS POR AÇÃO ESTATAL. VEÍCULO OFICIAL. USO POR AGENTE PÚBLICO PARA FINS PARTICULARES. ACIDENTE. MORTE DOS PAIS DA RECORRIDA. DANOS MATERIAIS. MATÉRIA DE PROVA. DANOS MORAIS. QUANTIFICAÇÃO. CONTROLE PELO STJ. CRITÉRIO DA EXORBITÂNCIA OU IRRISORIEDADE DO VALOR. TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. DATA DO ARBITRAMENTO. OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO INEXISTENTES. CONTINÊNCIA E SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS PREQUESTIONADORES. MULTA AFASTADA. 1. Ação de indenização movida por menor que teve seus pais vitimados fatalmente em acidente de trânsito provocado por carro oficial, conduzido por servidor que dele se utilizava para serviços particulares, com autorização da Instituição na qual servia.(...) 6. No ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade do Poder Público é objetiva, adotando-se a teoria do risco administrativo, fundada na idéia de solidariedade social, na justa repartição dos ônus decorrentes da prestação dos serviços públicos, exigindo-se a presença dos seguintes requisitos: dano, conduta administrativa, e nexos causal. Admite-se abrandamento ou mesmo exclusão da responsabilidade objetiva, se coexistirem atenuantes ou excludentes, que atuem sobre o nexo de causalidade. 7. A condição de agente público, quando contribui de modo determinante para a conduta lesiva, é causa para responsabilização estatal, dispensável sejam os danos decorrentes unicamente do exercício da atividade funcional. Basta que haja uma relação entre a função pública do agente e o fato gerador do dano, o que leva à imputação direta dos atos dos agentes ao Poder Público que lhe deu o status ou os instrumentos que lhe permitiram agir e, a partir daí, causar os prejuízos cobrados. 8. O fato de terceiro, como razão para o estancamento do nexo de

Ou seja: a base do dever de indenizar é a atuação (comissiva ou omissiva) de agente público que exerça função estatal, ainda que por entidades públicas indiretas. É a qualidade de agente público (da administração pública direta ou indireta) que impõe o dever de indenizar. A Administração assume, portanto, os riscos inerentes às suas funções, o que faz surgir o vocábulo “teoria do risco administrativo”.

Desde o dever de polícia, passando pela atividade educacional ou pela execução de obras, o Estado se coloca como avalizador das ações humanas de seus agentes, numa espécie de garante da atividade humana, estabelecendo-se como avalista de seus representantes que, no exercício da função pública, podem causar danos a terceiros.

Como excludente do dever de indenizar estão os postulados da culpa exclusiva da vítima, atos praticados por terceiros e os fatos naturais, conforme falamos aqui. É obvio que, para além da análise quanto ao agente causador do dano, necessária a conjugação de dano indenizável, ou seja, aquele subsistente, bem como o nexo que liga o fato ao dano.

Contudo, a legislação vigente admite, como via de exceção, o dever de indenizar ainda que o agente causador da lesão não seja estatal, ao que se atribui o nome de Teoria do Risco Integral, conforme veremos a seguir.

Tal teoria é também adotada pela legislação portuguesa, como dito. Em seu artigo 22º, a norma constitucional lusitana consagrou a teoria do Risco Administrativo, impondo ao Estado o dever de indenizar uma vez violados “direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem”, “por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício”.

causalidade, exige que não se trate nem da vítima, nem do causador do dano. Não é terceiro o agente público que tem a posse de veículo, por autorização do órgão com o qual mantém vínculo funcional, independentemente da natureza do uso que venha a fazer do automóvel. 9. A administração, ao autorizar a posse de veículo oficial por agente seu, sabendo que o uso seria para fins particulares, responde pelos danos que decorram de acidente. A condição de agente público, neste caso, é razão decisiva para a realização do dano, mesmo que, ao agir como agiu, o agente não esteja no exercício de suas atribuições. 10. Ademais, até se in casu o paradigma fosse o da responsabilidade subjetiva, ainda assim o Estado não se isentaria da obrigação ressarcitória, conquanto somente a Administração dispunha do poder para autorizar ou não o uso do veículo, assumindo, por conta disso, o risco de, ao fazê-lo, responder por culpa in eligendo. 11.. (STJ - REsp: 866450 RS 2006/0139197-3, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 24/04/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 07.03.2008 p. 1). Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2550/recurso-especial-resp-866450>.

3.1.2 A teoria do risco integral

A teoria do risco integral é, ainda nos dias atuais, algo discutível no universo doutrinário brasileiro. Isto porque ela impõe ao Estado o dever de indenizar os danos suportados por particulares ainda que o causador do dano não seja agente estatal, como vimos no tópico anterior.

Por tal teoria, o Estado deve indenizar os danos causados ainda que presentes as chamadas excludentes de responsabilidade, ou causas excludentes de responsabilidade, que são aquelas situações em que está rompido o nexo causal entre o fato danoso e o dano suportado. Por razões óbvias, imaginar o dever de indenizar mesmo quando a causa é alheia à sua esfera de dever é algo que causa estranheza num primeiro olhar, mas que encontra reflexo na legislação brasileira vigente.

Segundo as correntes que a defendem, são vários os normativos que reconhecem a teoria do risco integral, quais sejam: a responsabilidade civil nos casos de danos nucleares (art. 21, XXIII, d, da Constituição Federal), assim como nas hipóteses de danos ambientais, danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, e também atos contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, conforme previsto nas Lei nº 10.309, de 22/11/2001, e Lei nº 10.744, de 9/10/2003. Também o Código Civil brasileiro previu algumas hipóteses de risco integral nas relações obrigacionais, conforme artigos 246, 393 e 399. Neste sentido, segue a jurisprudência abaixo³⁹:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANO À PROPRIEDADE ALHEIA E AMBIENTAL. QUEIMADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato. A queimada que, apesar de autorizada, tenha saído do controle a ponto de gerar danos à propriedade alheia e ao meio ambiente enseja a responsabilização por parte de quem a ela tenham dado causa e que se beneficiaria do seu resultado. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. (TJ-GO - APL: 02115667220108090005, Relator: Des(a). MARCUS DA COSTA FERREIRA, Data de Julgamento: 17/03/2020, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 17/03/2020).

³⁹ Disponível em <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/931624548/apelacao-apl-2115667220108090005>.

Para alguns doutrinadores, o caso da responsabilidade por acidente nuclear nada mais é que um reflexo da responsabilidade civil objetiva na modalidade da teoria do risco administrativo, uma vez que a União detém o monopólio sobre o setor, o que, há de se reconhecer, é o entendimento lógico.

Nos demais casos, contudo, como em hipóteses de atentados terroristas, está clarividente a intenção do legislador de reconhecer a aplicação da teoria do risco integral quando impõe o dever do Estado de indenizar eventuais vítimas. Ora, não fosse a obrigação legislativa lastreada em tal teoria, o nexos causal entre o agente causador do dano e o prejuízo suportado estaria rompido, ainda que falássemos de responsabilidade civil objetiva, o que se amoldaria à ausência do dever de indenizar.

Assim é que, uma vez imposta a obrigação, configurada está a teoria do risco integral ainda que o agente seja um terceiro não estatal ou não investido em poder estatal, que não age em nome da coletividade (agente terrorista).

3.2 Teorias adotadas em Portugal

Como vimos anteriormente, as normas aqui comparadas têm raízes muito semelhantes. Tanto Brasil quanto Portugal adotaram em seus textos constitucionais a submissão do Estado às regras de responsabilidade, especialmente quando o dano imposto a terceiro se dá pela atuação de entidades públicas ou de entidades privadas no exercício da função pública. Tais normas, contudo, se distinguem em pontos específicos que precisam ser melhor analisados, sendo o modelo português mais moderno e atualizado, especialmente pela edição da Lei nº 67/2007, que traz em seu texto clara diferença entre a responsabilidade pelo ato ilícito, pelo risco e pelo sacrifício.

Entre elas, a distinção mais marcante repousa no fato de que, enquanto na responsabilidade civil por ato ilícito se faz necessária a comprovação da culpa (subjativa), nas demais adota-se a responsabilidade objetiva. Vejamos.

3.2.1 A responsabilidade civil por fato ilícito

Prevista no Capítulo II (artigos 7º a 10º) da Lei nº 67/2007, a chamada responsabilidade administrativa delitual tem como base a submissão da Administração ao princípio fundamental da legalidade, ou seja, o Estado submete-se ao dever de reparar a ofensa a direito ou interesse legalmente protegido.

Conforme vimos nos capítulos introdutórios, para que haja responsabilidade civil há que se conjugar alguns pressupostos, quais sejam, a ação ou omissão voluntária, culposa ou dolosa, ilícita, danosa e conexa, ou seja, que sejam ligadas por um nexo. Estes são classicamente os elementos caracterizadores do dever de indenizar com base na responsabilidade civil, impondo ao Estado tal obrigação a partir da comprovação do elemento culpa.

Ou seja, o cometimento de ilícito por parte da Administração Pública (direta, indireta ou por pessoas de direito privado que exerçam função pública) pode impor o dever de indenizar uma vez comprovada a culpa da Administração ou do Agente. Aqui reside clara distinção entre os modelos português e brasileiro, já que no Brasil adota-se a teoria do risco administrativo, partindo do pressuposto de que o risco é consequência inerente da atividade estatal, razão pela qual sua imposição se dá independentemente da comprovação de culpa.

De acordo com os artigos 7º e 8º do RRCEE, faz-se necessária a análise quanto a graduação da culpa (leve ou grave), bem como quanto à ocorrência de dolo, como será abordado adiante quando da análise dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil do Estado por erro judiciário.

3.2.2 A responsabilidade civil pelo risco

De natureza especial, a responsabilidade administrativa pelo risco está prevista no artigo 11º, da Lei nº 67/2007, e aplica-se aos casos em que a atividade, coisa ou serviço público é considerado especialmente perigoso.

Diferente do que ocorre no direito privado, tal responsabilidade é direta e objetiva, já que aplicável em casos específicos. É notório que o Estado fornece e produz serviços que, por sua natureza, geram risco inegável à saúde humana e ao meio ambiente, razão pela qual se faz necessário que o próprio Estado suporte os danos resultantes deste risco. Tal modalidade se justifica pela lógica de que aquele que se beneficia das vantagens na exploração ou produção de serviços perigosos, ou as mantém sob seu domínio, deve, como consequência, suportar os riscos e danos resultantes da coisa, situação ou serviço.

O legislador português, no artigo 11º, da Lei nº 67/2007, não descreveu o conceito de atividade, coisa ou serviço especialmente lesivo ou perigoso, deixando seu contorno para a análise do caso concreto.

Vale destacar, ainda, que a regra comporta excludentes de ilicitudes, em especial a força maior ou a culpa do lesado. Em todo caso, cabe ao Estado provar que o fato se deu por situação inevitável, como nos casos de catástrofe natural. Na ausência de regra explícita, aplica-se a lei civil, englobando-se as situações tidas como caso fortuito, assim consideradas como aquelas que, apesar de evitáveis, eram totalmente imprevisíveis⁴⁰.

3.2.3 A responsabilidade civil pelo fato lícito (sacrifício)

Diferentemente dos demais tipos de responsabilidade civil, esta modalidade se opera no campo da consequência negativa pela prática de um ato lícito, não tendo como pressuposto a atuação ilícita ou a imposição de ônus ante a prática de um ato potencialmente perigoso, como vimos acima. O legislador buscou a imposição de reparar o ônus suportado por particular quando da ação estatal lícita, ou seja, quando a atuação do ente público, ainda que na consecução de seu mister, impõe desmedida consequência a terceiros, conforme se verifica no artigo 16º do RRCEE.

Tal responsabilidade funda-se, entre outros pilares, na proteção constitucional da igualdade, tendo como função fornecer amparo aos particulares quando da atuação pública pelo interesse comum.

⁴⁰ DA CÂMARA, Miguel Bettencourt; DA FONSECA, Guilherme – **A Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos – Responsabilidade do Legislador, do “Juiz” e da Administração Pública. A Acção contra o Estado.** p. 61.

Neste caso, ainda que o Estado esteja agindo dentro das normas vigentes, pode o particular buscar compensação caso a ele tenha sido imposto dano como reflexo da atuação pública.

4. Responsabilidade Civil do Estado pela administração da justiça

Conforme vimos até aqui, a responsabilidade civil do Estado é tema bastante relevante. Desde sua raiz privatista, e os reflexos de tal natureza na construção normativa relativa ao direito público, até a ampla aplicação dos preceitos no âmbito prático da sociedade moderna, percebe-se o esforço legislativo e jurisdicional do Estado no sentido de adequar-se à realidade.

Entretanto, os modelos existentes no Brasil e em Portugal revelam uma série de semelhanças e diferenças que impõe detido estudo, em especial quando se trata da responsabilidade civil do Estado-juiz, apesar de ainda ressoarem vozes no sentido de se reconhecer a irresponsabilidade civil do Poder Judiciário.

Autores clássicos brasileiros, como Hely Lopes Meireles, defendem que “os atos políticos, em princípio, não geram responsabilidade civil”⁴¹. Tal entendimento, contudo, não parece razoável ante os princípios basilares previstos nos ordenamentos jurídicos constitucionais tanto do Brasil como de Portugal.

Isto quer dizer que o exercício da função típica do Poder Judiciário também pode ensejar responsabilidade civil do Estado, bem como do agente público que atua em seu nome (o magistrado). O Professor Hely Lopes Meireles utiliza erroneamente, *data maxima venia*, o termo “responsabilidade da administração pública”. Este Autor em especial defende a teoria da autonomia estatal para afastar a imposição de reparação por danos suportados por atos lesivos praticados em sede de administração da justiça. Conforme se verá adiante, as constituições brasileira e portuguesa reconhecem inclusive a responsabilidade pela prática de atos políticos causadores de lesão, de sorte que inegável a necessária utilização de termo mais abrangente.

Conforme visto acima, a responsabilidade civil por atos do Poder Judiciário permaneceu na penumbra por bastante tempo, já que muitos teóricos do direito entendiam ser inaplicável o instituto ante a soberania estatal. Como lembra Pedro Lessa⁴², “se o lesado em face de uma sentença definitiva pudesse levantar a questão da responsabilidade do Estado, abriria um novo litígio sobre a questão já ultimada”.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes - **Direito Administrativo Brasileiro**. p. 661.

⁴² Lessa *apud* CAVALIERI FILHO, Sérgio - **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. p. 359.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil⁴³ ementou julgado datado de 13 de outubro de 1971 entendendo 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”.

Contudo, o Estado democrático de direito contemporâneo, lastreado em Princípios como o da Dignidade da Pessoa Humana e da Legalidade, não admite a exclusão da responsabilidade civil do Estado seja qual for o poder ou função cuja atuação resultou em dano, de modo que todo ordenamento jurídico deve ser construído de forma a preservar tais princípios⁴⁴.

Como lembra Guilherme da Fonseca⁴⁵, “os pressupostos da responsabilidade civil são os que se conhecem no âmbito do direito das obrigações e a mesma responsabilidade é sempre uma responsabilidade por actos de gestão pública, pois o exercício da função jurisdicional é sempre gestão pública estadual (mesmo que haja traços privatísticos...)”.

Sobre tal nomenclatura, aliás, o Professor Ricardo Pedro⁴⁶ leciona que a expressão “responsabilidade civil do Estado pela administração da justiça” amplia o conceito do instituto e, por isso, deve ser adotada em detrimento da “responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional”.

De fato, a correta conceituação do instituto é fundamental à aplicação prática das regras de responsabilidade civil, especialmente quando da atuação do Estado através do Poder Judiciário. No Brasil, conforme veremos, parte da doutrina utiliza a expressão “responsabilidade civil da administração pública”, terminologia que encontra resistência.

Para Irene Patrícia Nohara⁴⁷, o termo correto a ser utilizado é “responsabilidade civil do Estado” no lugar de “responsabilidade da administração”, uma vez que o referido regime não

⁴³ Recurso Extraordinário n. 70.121-MG, julgado em 13/10/1971, relator para o acórdão Min. Djaci Falcão.

⁴⁴ GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades – Comentários à luz da Jurisprudência**. p. 23.

⁴⁵ DA CÂMARA, Miguel Bettencourt; DA FONSECA, Guilherme – **A Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos – Responsabilidade do Legislador, do “Juiz” e da Administração Pública. A Acção contra o Estado**. p. 46.

⁴⁶ PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre a Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 22.

⁴⁷ NOHARA, Irene Patrícia - **Direito Administrativo**. p. 735.

se limita à função administrativa do ente público, abrangendo a possibilidade de imposição de danos também por sua atuação legislativa ou mesmo jurisdicional.

Apesar de parecerem sinônimos, os termos revelam, de fato, importante diferença no que se refere ao âmbito de aplicação da norma. Explico: é que a função jurisdicional é uma daquelas que integra a administração da justiça. Exercer a tutela estatal através da jurisdição é, sem dúvidas, a mais importante função do Poder Judiciário, contudo, não é a única. Exatamente por isso, as normas que impõem o dever de indenizar não se aplicam somente nos casos em que o exercício da jurisdição cause prejuízos a outrem. Muito além disso, o dever de indenizar pela demora na prestação jurisdicional é uma realidade no direito português (o que não ocorre no Brasil), de forma que o termo “administração da justiça” é, sem dúvida, mais adequado.

Analisando mais a fundo a função do Poder Judiciário, percebe-se relevante diferença entre a sua função típica, qual seja, interpretar e delimitar a aplicação prática das normas vigentes, e sua função atípica, que se traduz no que podemos chamar de autoadministração. Desta forma, imperioso compreender à quais dessas funções os postulados da responsabilidade civil do Estado se aplicam na prática.

Neste prisma, reputa-se errônea a aceitação, como explanado acima por Patrícia Nohara, da expressão “responsabilidade civil da administração pública”, uma vez que os atos típicos do Poder Judiciário não se conceituam como atos administrativos.

No presente trabalho, utilizou-se a expressão “responsabilidade civil do Estado-juiz” apenas para delimitar o foco do estudo aqui abordado, excluindo-se a análise no que concerne à responsabilidade civil do Estado por atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Remetendo-se novamente à expressão utilizada pelo Professor Ricardo Pedro, qual seja, “responsabilidade civil do Estado pela administração da justiça”, ressalta-se, como dito, que o termo abrange todos os atos emanados do Poder Judiciário, sejam eles típicos ou atípicos, intrínsecos ou extrínsecos⁴⁸.

⁴⁸ Camila Silva de Amorim utiliza o mesmo termo, qual seja, responsabilidade pela “administração da justiça” como gênero do qual são espécies a violação do direito a uma decisão em prazo razoável e o erro judiciário (AMORIM, Camila Silva de – **A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades em Portugal. Um exemplo a ser seguido.** p. 17).

Neste particular, Alvarez Vianna reafirma que o Poder Judiciário pratica atos diversos entre si, tais como administrativos, judiciais e jurisdicionais, tendo cada um deles particularidades específicas, de modo que, segundo o Autor, “não devem estar sujeitos indistintamente a padrões genéricos de uma mesma responsabilidade civil objetiva do Estado”⁴⁹.

Os Autores Guilherme da Fonseca e Miguel Bettencourt da Câmara utilizam a terminologia “responsabilidade jurisdicional” para se referirem aos casos em que se constate lesão por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de fato ou erro qualificado na apreciação do direito, afirmando que⁵⁰ “em suma, consagra-se a responsabilidade jurisdicional quando haja erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto da sentença ou erro qualificado na apreciação do direito, que consiste no erro evidente ou manifesto, o que é inovatório”.

Nota-se que a utilização do termo “responsabilidade jurisdicional” restringe a aplicação do instituto à atuação jurisdicional, ou seja, atuação típica do Poder Judiciário. Não se pode olvidar, contudo, que os atos atípicos do Poder Judiciário também podem causar dano.

Como dito, os atos emanados do Poder Judiciário podem ser considerados jurisdicionais ou administrativos, não restando dúvidas de que, independentemente de sua classificação, o tratamento jurídico deve ser o mesmo, qual seja, o de que sobre eles deve recair o dever de indenizar uma vez presentes os requisitos ensejadores de responsabilidade civil.

Cabe ainda ressaltar que a utilização do vocábulo “civil”, quando do dever de ressarcir dano causado pelo poder público (responsabilidade civil), não desnatura a natureza pública da atuação estatal, ou seja, ainda que estejamos diante do termo “responsabilidade civil”, as regras atinentes ao caso navegam no universo do direito público.

Nas palavras de Irene Patrícia Nohara⁵¹:

⁴⁹ VIANNA, José Ricardo Alvarez - **Erro judiciário e sua responsabilização civil**. p. 20.

⁵⁰ DA CÂMARA, Miguel Bettencourt; DA FONSECA, Guilherme – **A Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos – Responsabilidade do Legislador, do “Juiz” e da Administração Pública. A Acção contra o Estado**. p. 45.

⁵¹ NOHARA, Irene Patrícia - **Direito Administrativo**. p. 736.

(a) existe uma incompatibilidade entre os termos civil e público, que têm significados distintos; e (b) o regime jurídico de responsabilização no âmbito privado é diferenciado da responsabilidade pública. Apesar de ser corrente o uso do termo responsabilidade civil do Estado, o principal alicerce da responsabilização civil é a culpa. Já a responsabilidade pública conforme será analisado pelo histórico de responsabilização, se ampara na responsabilização independente de culpa (objetiva ou com fundamento no risco) do Estado, sendo ela subjetiva apenas da perspectiva do agente público que pratica ato lesivo no exercício de suas funções.

Ao que parece, a utilização do termo “responsabilidade extracontratual do Estado pela administração da justiça” talvez traduza com mais proximidade o foco do presente estudo.

No Brasil, o assunto não recebe o mesmo tratamento dado em Portugal, de sorte que pouco se discute, por exemplo, a nomenclatura que mais se adequa ao tema. Isto não quer dizer que não haja na legislação brasileira e, em especial na doutrina e na jurisprudência, postulados relativos à responsabilidade civil do Estado pelo exercício da administração da justiça.

Como veremos adiante, importa diferenciar, dentro do conceito de responsabilidade civil do Estado pela administração da justiça, as regras relativas ao chamado “erro judiciário” (que, na legislação portuguesa, encontram-se previstas no artigo 13º) do dever de indenizar por danos causados pelo funcionamento anormal da administração da justiça (previsto no artigo 12º, da Lei nº 67/2007), conforme defendido por Ricardo Pedro. No primeiro conceito, verifica-se a imposição de dano resultante da atuação jurisdicional propriamente dita; já no segundo conceito, estão albergados os danos imputáveis à administração da justiça⁵².

Neste particular, a edição da Lei nº 67/2007 foi fundamental à modernização do tema em Portugal. Contudo, diferente do que se verifica no universo jurídico português, o legislador brasileiro optou por não segmentar a responsabilidade civil do Estado abrangendo suas três esferas de Poder, ao estilo do RRCEE, conforme passaremos a expor.

4.1 No Brasil

No Brasil, não existe lei que estabeleça de forma expressa a responsabilidade civil do Poder Judiciário. Assim, o tema é tratado de forma esparsa na legislação infraconstitucional

⁵² CUNHA, Luis Filipe Loureiro - **A responsabilidade civil por actos da Administração Pública**. p. 51.

tanto no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41, artigo 630) quanto no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015, artigo 143) e, ainda, de forma lacunosa, na Constituição Federal, especificamente no artigo 37, § 6º, e no artigo 5º, incisos LXXV e LXXVIII.

A norma constitucional foi construída de forma a se aplicar a responsabilidade civil extracontratual do Estado quando de sua atuação administrativa, sendo uma exceção a sua condenação por atos legislativos e jurisdicionais, apesar do que determina o artigo 5º, LXXV, do texto constitucional.

Tal omissão faz surgir na doutrina nacional a ideia de que o Poder Judiciário não está sob a égide dos postulados da responsabilidade civil do Estado. Como citado acima, o Supremo Tribunal Federal, ainda na década de 1970, ementou julgado com entendimento claro acerca do tema, estabelecendo que “o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário...”⁵³.

O normativo constitucional não faz, contudo, qualquer aceção de aplicação da RCE entre os Poderes, tratados de forma unitária. Importante ressaltar que a visão unitária não se confunde com a ideia de Estado unitário, apenas traduz a visão de que, independentemente da origem do ato (se do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário) o dever de indenizar é tratado da mesma forma.

O fato de que, na prática, somente o Poder Executivo, ou seja, o Estado-Administração, é que detém legitimidade processual passiva e competência orçamentária para a realização do desembolso dos recursos relativos ao pagamento de indenização imposta como consequência da prática de atos civilmente responsáveis talvez corrobore para o errôneo entendimento de que o Poder Judiciário não está sujeito à responsabilidade civil.

A conjugação de vários artigos da Constituição Cidadã de 1988 afasta qualquer dúvida que possa persistir quanto ao dever de indenizar imposto ao Estado por ocasião de sua atuação nas três esferas de Poder. O §6º, do artigo 37, impõe a responsabilidade civil às pessoas jurídicas de direito público, contexto no qual se insere a própria União. A natureza jurídica do Estado materializado pela União Federal é, sem dúvida, de pessoa jurídica de direito público interno,

⁵³ Recurso Extraordinário n. 70.121-MG, julgado em 13/10/1971, relator para o acórdão Min. Djaci Falcão.

não se confundindo com o conceito de República Federativa, que tem contornos de Estado para fins de reconhecimento internacional. Fato é que a União, pessoa jurídica de direito público interno, é composta por três Poderes, que assumem competências específicas na consecução do objetivo final do Estado.

A partir de tal conceito, o regime de responsabilidade civil do Estado no Brasil, plasmado nos postulados privados do direito civil, não faz qualquer diferença relativa à origem do fato danoso. Como dito, ao analisarmos os artigos 37, §6º, em consonância com o art. 2º da CF/88, temos que o legislador constitucional reconhece a responsabilidade civil do Estado em quaisquer das três esferas de atuação direta.

Optou o legislador originário por inserir o texto no Capítulo VII – Da Administração Pública, de forma a se levantarem questionamentos acerca da importância dada ao tema na Carta de 1988. Seria a responsabilidade civil do Estado um princípio constitucional ou uma garantia fundamental?

Parece-nos evidente que, uma vez situado em capítulo destinado à organização da administração, o tema é tratado em dois vieses distintos: como princípio e como garantia.

O caráter principiológico da RCE se revela como consequência do postulado da legalidade insculpido no próprio *caput* do artigo 37. A regra da legalidade impõe à administração pública submissão à lei. A doutrina pauta o referido princípio, impondo ao administrador público a observância da lei. Não se pode olvidar, contudo, que, além do administrador, a própria administração, ou seja, o Estado enquanto ser personalizado, deve estar submetido ao império da lei. Neste contexto, indubitável a vinculação do Estado às regras de responsabilidade civil como concretização do Princípio da Legalidade.

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho⁵⁴:

Conquista lenta, mas decisiva do Estado de Direito, a responsabilidade estadual é, ela mesma, instrumento de legalidade. É instrumento de legalidade, não apenas no sentido de assegurar a conformidade ao direito dos actos estaduais: a indenização por

⁵⁴ Canotilho *apud* CAVALIERI FILHO, Sérgio - **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. p. 16.

sacrifícios autoritariamente impostos cumpre uma outra função ineliminável no Estado de Direito Material – a realização da justiça material.

É exatamente o aspecto da personalidade concedida ao Estado que faz nascer a obrigação de ressarcir os danos por si causados, observadas regras próprias. O Estado, enquanto pessoa jurídica prestadora de serviços, deve ser responsabilizado pelos atos (ação ou omissão) que causem prejuízos aos demais, seja por consequência direta de sua atividade, seja por ser ele garantidor da igualdade necessária à pacificação social. Salientamos que as regras próprias relativas ao tema se traduzem pelas teorias do risco administrativo e do risco integral, a depender do caso concreto.

O caráter garantista se revela na autoaplicação do texto constitucional, de forma que não se faz necessária sua regulamentação para que surta efeito no universo prático. É uma garantia do Estado Democrático de Direito que o Estado arque com as consequências prejudiciais de sua atuação, o que dá segurança jurídica aos cidadãos e garante a pacificação social. Assim, para além de um princípio, a RCE é garantia institucional de concretização do direito de ressarcimento por ato danoso praticado pelo Estado.

A situação revela que o legislador brasileiro optou, portanto, por dispensar um tratamento linear à responsabilidade civil do Estado, de forma que os postulados do dever de indenizar não se diferenciam entre as três esferas de Poder, aplicando-se de forma idêntica desde que haja a conjugação dos pressupostos caracterizadores do dever de ressarcir os danos impostos.

A teoria do risco administrativo, conforme tratamos em capítulo específico, se aplica tanto na ocorrência de ato ilícito emanado da falha na prestação de um serviço público, por exemplo, quanto pelo prejuízo suportado pelo jurisdicionado que se vê privado da liberdade por decisão injusta. A fórmula é sempre a mesma.

É inegável que os fundamentos principiológicos da Constituição Federal conduzem ao entendimento de que os postulados da responsabilidade civil englobam as três esferas de poder.

Nas palavras de Paulo Nader⁵⁵:

⁵⁵ NADER, Paulo - **Curso de Direito Civil. Volume 7: Responsabilidade Civil.** p. 317.

Na amplitude de suas atribuições, o Estado, ao atuar nas esferas legislativa, executiva e judiciária, é suscetível de causar danos a terceiros por intermédio dos agentes públicos, hipótese em que se impõe a indenização por força de disposição constitucional. O dano sofrido pelo particular, efetivada a indenização, cede lugar ao ônus suportado por todos os membros da coletividade.

Para Irene Patrícia Nohara, “dizer que o Estado é irresponsável pelos danos causados por atos jurisdicionais seria incoerente com o dispositivo previsto no inciso LXXV do artigo 5º da Constituição Federal⁵⁶”.

O que se apresenta no Brasil é uma clara distorção das teorias relativas à responsabilidade, uma vez que a própria Carta Constitucional não faz acepção da atuação estatal quando impõe o dever de indenizar. Isto quer dizer que o postulado inserto na norma do §6º, do artigo 37, não se restringe à atuação administrativa do Estado. É certo que a sua especialização, por assim dizer, é ponto pacífico na jurisprudência nacional, ainda que se mostre dissonante da hermenêutica constitucional.

Contudo, apesar das vozes dissonantes, o tema foi ultrapassado, de forma que hoje entende-se aplicáveis ao Poder Judiciário os postulados da responsabilidade civil do Estado, ainda que com certa especialidade.

Assim, ultrapassada a presente discussão, impõe-se analisar a forma como a doutrina contemporânea e a jurisprudência nacional tratam a responsabilidade civil pela administração da justiça.

Isto porque, além da omissão quanto a responsabilidade do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, o legislador brasileiro não se cuidou em regram a responsabilidade civil do Estado pela administração da justiça, tampouco em conceituar o erro judiciário, de sorte que se verificam interpretações vezes restritas vezes amplas, a depender da conveniência do julgador⁵⁷.

Neste particular, a CF/88 e a legislação infraconstitucional nos levam a entender que a atuação jurisdicional-estatal passível de indenização é aquela consubstanciada em erro judiciário e nos casos de prisão injusta e excesso na privação da liberdade. Ocorre que o

⁵⁶ NOHARA, Irene Patrícia - **Direito Administrativo**. p. 736.

⁵⁷ VIANNA, José Ricardo Alvarez - **Erro judiciário e sua responsabilização civil**. p. 107.

normativo nacional, como dito, não se cuida em conceituar o erro judiciário, de sorte que, por vezes, tal instituto pode ser confundido com os casos de prisão injusta e excesso de privação de liberdade. Vejamos⁵⁸:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRISÃO ILEGAL. ERRO JUDICIÁRIO CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. LUCROS CESSANTES NÃO COMPROVADOS. SUCUMBÊNCIA REDIMENSIONADA. A responsabilidade do Estado por erro judiciário é subjetiva, exigindo que o ato tenha sido praticado com culpa, dolo ou fraude. Inteligência do artigo 5º, LXXXV, da CF. Caso em que o autor foi preso indevidamente, quando a execução de alimentos já havia sido extinta com trânsito em julgado e, portanto, o mandado de prisão deveria ter sido recolhido. Responsabilidade configurada. Indenização devida. Lucros cessantes não... (TJ-RS - AC: 70047557756 RS, Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, Data de Julgamento: 30/05/2012, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/06/2012).

Conforme se verifica no julgado acima ementado, o magistrado reconhece a ocorrência do erro judiciário quando da prisão indevida, dando a entender que a responsabilidade pela má administração da justiça e pelo erro judiciário são a mesma coisa.

A ausência de normativo, nos moldes do regime da responsabilidade civil do Estado previsto na Lei portuguesa nº 67/2007, estabelece lacuna arriscada. Tal omissão impôs às cortes nacionais o papel de preencher os espaços existentes na norma conceituando o erro judiciário, já que o Brasil não possui um regime geral de responsabilidade civil, como ocorre em Portugal.

Além de dar tratamento igual ao erro judiciário e ao dever de indenizar pela má administração da justiça, os tribunais brasileiros impõem a Teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva quando da ocorrência de dano causado por ato emanado do Poder Judiciário, ou seja, cabe ao lesado a comprovação de culpa, dolo ou fraude na prestação do serviço jurisdicional.

Vale lembrar que, por dileção da norma constitucional, a responsabilidade civil extracontratual do Estado-Administração é sempre objetiva (teoria da culpa administrativa ou teoria do risco integral), ressalvados os casos de excludente de responsabilidade.

Quanto à atuação jurisdicional, a ausência de norma revela o caráter protetivo das instituições de justiça, impondo ao cidadão o dever de provar dolo ou culpa na atuação do Estado, o que dificulta sobremaneira a obtenção da devida compensação.

⁵⁸ Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21859625/apelacao-civel-ac-70047557756-rs-tjrs>.

O entendimento pacificado na Justiça nacional se baseia no Princípio do Livre Convencimento do Juiz para justificar que, não comprovada a conduta dolosa ou culposa, não há que se falar em erro judiciário.

A forma como os Tribunais brasileiros tratam o tema expõe clara contradição entre o que determina o artigo 37, §6º (responsabilidade civil objetiva do Estado) e a interpretação das próprias Cortes quanto a regra prevista no artigo 5º, LVVX (responsabilidade civil subjetiva do Estado), ambos da CF/88.

A discussão quanto a aplicação das teorias subjetiva ou objetiva repousa precipuamente em torno da classificação dos atos judiciais, de forma que se constrói na doutrina o entendimento de que os danos causados por atos judiciais típicos impõem a obrigação ao lesado de provar dolo, culpa ou erro grosseiro. A contrário senso, os atos judiciais atípicos se equiparam a atos administrativos, de sorte que, neste caso, prevalece a teoria objetivista.

Tal conclusão se mostra, com a devida *venia*, equivocada. Isto porque não há, na parca legislação sobre o tema, qualquer menção neste sentido. Aplicar a RCE a partir da divisão entre atos típicos ou atípicos do Poder Judiciário se mostra inovação não prevista em lei.

Não são poucos os doutrinadores contemporâneos que defendem a tese de responsabilidade civil subjetiva do Estado por atos típicos do Poder Judiciário, conforme assentado por José dos Santos Carvalho Filho⁵⁹:

Não obstante, é relevante desde já consignar que, tanto quanto os atos legislativos, os atos jurisdicionais típicos são, em princípio, insuscetíveis de redundar na responsabilidade objetiva do Estado. São eles protegidos por dois princípios básicos. O primeiro é o da soberania do Estado: sendo atos que traduzem uma das funções estruturais do Estado, refletem o exercício da própria soberania. O segundo é o princípio da recorribilidade dos atos jurisdicionais: se um ato do juiz prejudica a parte no processo, tem ela os mecanismos recursais e até mesmo outras ações para postular a sua revisão. Assegura-se ao interessado, nessa hipótese, o sistema do duplo grau de jurisdição.

Nas palavras do Autor, os atos jurisdicionais típicos estão imunes às regras de imposição do dever de reparar sob o argumento de que repousam no princípio da soberania estatal.

⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos - **Manual de Direito Administrativo**. p. 732.

Entende-se, contudo, que aceitar referida teoria fere os princípios basilares insculpidos na Constituição. A teoria da RCE é claramente baseada na relação ato, dano e nexos, independente da origem da ação.

A soberania do Estado não pode ser aceita como instituição supralegal, ou seja, ela não pode ser vista pelo direito enquanto um quarto poder. É o que defende Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁰.

Larissa Trindade Costa⁶¹ afirma que “a soberania é um predicado do Estado e não dos poderes constituídos, os quais devem submissão ao próprio Estado, à Constituição e à legalidade. Afirmar que o Poder Judiciário soberano retira a obrigação do Estado de indenizar os prejuízos provenientes dos seus atos é instituir uma soberania contra *legem*, tirana e inconstitucional dos poderes”.

O que se verifica nos casos analisados é a evidente modulação das regras de responsabilidade civil do Estado ante a ausência de norma clara e objetiva quanto ao tema, o que prejudica o jurisdicionado e dá ao Estado *status* de privilégio.

Também como forma de justificar a referida modulação, Carvalho Filho⁶² suscita o princípio da recorribilidade dos atos jurisdicionais, conforme acima colacionado, dando a entender que a possibilidade de revisão da decisão judicial pelo jurisdicionado anula os efeitos de decisão flagrantemente danosa.

É certo que a norma como prevista desconstitui referido entendimento, uma vez que o Código Civil Brasileiro e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional estabelecem a responsabilidade civil regressiva do magistrado que atua com dolo.

O entendimento é de que, se a lei prevê a aplicação dos postulados da responsabilidade civil contra o Estado, uma vez praticado ato típico jurisdicional com dolo, independente da revisão da referida decisão, não se sustenta a ideia de irresponsabilidade do Estado nos casos de ato típico do Poder Judiciário.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 703.

⁶¹ COSTA, Larissa Trindade - **Responsabilidade civil por erro judiciário**. p. 294.

⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos - **Manual de Direito Administrativo**. p. 732.

Isto quer dizer que o debate quanto à diferenciação da aplicação das teorias objetiva e subjetiva deve se limitar à origem do dano: se advindo da atividade jurisdicional típica, como por exemplo no caso de uma sentença ilegal, ou se advindo da má administração da justiça, a exemplo da prática de atos não jurisdicionais.

Neste particular, encontra-se prevista na legislação brasileira, de forma clara e objetiva, a responsabilidade civil do Estado pela prática de atos típicos (vide Lei Orgânica da Magistratura Nacional e Código de Processo Civil), estando ausente, contudo, norma que imponha o ressarcimento de danos causados pela má administração da justiça consubstanciada na desarrazoada duração do processo.

Tal princípio tem *status* constitucional, revelando-se, contudo, inócuo ante a ausência de previsão legal do dever de indenizar quando de sua violação.

Assim como a regra contida no artigo 5º, LXXV⁶³, da Constituição de 1988, há na legislação brasileira (Código Civil e Código de Processo Penal) passagens relativas ao erro judiciário que impõe detida análise.

Lembramos que o artigo 5º, da Constituição Brasileira, se dedica a listar os direitos e garantias fundamentais, o que, como dito acima, dá à responsabilidade civil do Estado *status* de princípio e de garantia. Pela dilação do artigo, o constituinte assume a ocorrência de erro judiciário, mas não o conceitua, missão relegada à doutrina.

A doutrina contemporânea, por sua vez, ressalta o caráter restritivo da aplicação do instituto à esfera penal nos casos de ato jurisdicional típico, como se verifica no citado artigo 5º, LXXV.

A jurisprudência aqui ementada⁶⁴ mostra a dificuldade do judiciário brasileiro em reconhecer a responsabilidade civil do Estado pela má prestação do serviço judiciário. É certo

⁶³ LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

⁶⁴ “AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 180.452 - RS (2012/0097624-9) RELATOR : MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA AGRAVANTE : PAULO ROBERTO GOMES LEITÃO ADVOGADO : MÔNICA BERNAL E OUTRO (S) AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PROCURADOR : MARCOS TUBINO

que os julgados revelam a confusão entre a responsabilidade do Estado e a responsabilidade do juiz, sendo a primeira inquestionavelmente mais abrangente que a segunda.

Neste particular, ao contrário do Brasil, a norma portuguesa se revela importante expoente quanto ao tema, já que estabelece de forma clara a responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário e sua conceituação.

Na ausência de conceituação clara sobre as hipóteses de configuração do que seja o erro judiciário, relegou-se à doutrina o dever de construí-la. Para ela, o erro judiciário se configura como ato que tem como principal consequência a privação da liberdade resultante da atuação injusta ou equivocada da autoridade judiciária. Nota-se que, na norma nacional, o erro judiciário

BORTOLAN E OUTRO (S) DECISÃO Agrava-se de decisão que negou seguimento a recurso especial interposto com fundamento no art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado: "APELAÇÃO CÍVEL. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO JUDICIÁRIO. INEXISTÊNCIA DE FRAUDE, DOLO OU CULPA GRAVE NO EXERCÍCIO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. Da inexistência de coisa julgada 1. Embora o presente feito tenha as mesmas partes e causa de pedir, o pedido não é o mesmo da ação anterior, o que afasta a alegação de coisa julgada no presente caso, a teor do que estabelece o art. 301, § 3º, do CPC, visto que não se repetiu aquela causa. Mérito do recurso em exame 2. O Estado do Rio Grande do Sul tem responsabilidade de ordem objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, nos termos do § 6º, do art. 37 da CF. 3. Todavia, a disposição constitucional não é aplicável quando se está a tratar de responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional, limitando-se a configuração de tal responsabilidade nos casos de dolo, fraude ou culpa grave. Com efeito, em se tratando de exercício da função jurisdicional, há uma série de prerrogativas a serem consideradas, a fim de não inviabilizar a prestação deste tipo de atividade pelo Estado, dada a existência de conflito de interesses no julgamento de qualquer demanda. 4. A prisão cautelar fundada na conveniência da instrução criminal, como no caso em tela, busca a efetividade da persecução penal; não se trata, portanto, do cumprimento de pena privativa de liberdade, mas de providência que visa assegurar o regular desenvolvimento do processo penal. 5. Eventual absolvição do postulante em razão da ausência de provas não importa no reconhecimento do equívoco jurisdicional no provimento de segregação cautelar anteriormente exarado, o qual foi exaustivamente fundamentado e está de acordo com o regramento legal previsto a espécie. 6. Não comprovada a culpa grave, dolo ou fraude no exercício da função jurisdicional, ônus que cabia ao autor e do qual não se desincumbiu, nos termos do artigo 333, I do Código de Processo Civil, deve ser julgado improcedente o pedido. Afastada a preliminar suscitada e negado provimento ao recurso" (fl. 1.784). O agravante alega divergência jurisprudencial com julgados desta Corte. Inadmissível o apelo, uma vez que os arestos trazidos a confronto não guardam a devida similitude fática com a hipótese dos autos, que julgou improcedente o pedido de indenização por danos materiais assim: "A par disso, verifica-se que o autor esteve segregado por somente 6 horas, não tendo sido encaminhado ao Presídio Central, de sorte que não violada a garantia à prisão especial prevista no artigo 7 da Lei 8.906/1994, o Estatuto da Advocacia. Nessa seara, não comprovada a culpa grave, dolo ou fraude no exercício da função jurisdicional, ônus que cabia ao autor e do qual não se desincumbiu, nos termos do artigo 333, I do Código de Processo Civil, não merece qualquer reparo a decisão que julgou improcedente o pedido de indenização por danos materiais. Dessa forma, não configurada conduta ilícita passível de justificar o nexo causal, levando-se em conta o tipo de atividade estatal prestada, ou seja, a prestação jurisdicional, portanto, inaplicável ao caso dos autos as hipóteses de incidência dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil" (fl. 1.797). Verifica-se, ainda, que o recorrente deixou de atacar todos os fundamentos do julgado, o que atrai a incidência do enunciado n. 283 da Súmula do STF. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 30 de agosto de 2012. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA Relator (STJ - AREsp: 180452 RS 2012/0097624-9, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Publicação: DJ 03/09/2012)". Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/900296064/agravo-em-recurso-especial-aresp-180452-rs-2012-0097624-9>.

não está tipificado, senão pelo que diz o artigo 5º, LXXV, quanto à sentença condenatória injusta e ao excesso de prisão, restando à doutrina e à jurisprudência estabelecer conceitos básicos necessários à sua aplicação prática fora do âmbito penal.

Aliás, a ausência de norma quanto ao tema é argumento ainda utilizado por alguns para justificar a teoria da total irresponsabilidade do Poder Judiciário, o que não se sustenta. Para tal corrente, a função jurisdicional se traveste em verdadeira autotutela estatal, de sorte que seria impossível a imposição de reparação de danos já que o Estado não cometeria erros quando da sua atuação jurisdicional.

Diante do cenário, pode-se afirmar que a responsabilidade civil do Poder Judiciário no Brasil encontra-se pacificada quando da prática de ato jurisdicional lesivo na esfera penal. No direito civil, contudo, concluímos que a construção doutrinária que aponta para a responsabilidade civil objetiva, quando da prática de atos judiciais, e a responsabilidade civil subjetiva, quando da prática de atos jurisdicionais, é a que melhor preenche as lacunas legislativas.

Conforme narrado em capítulo especial, a teoria do risco administrativo deve ser utilizada quando do dever de indenizar pela prática de atos atípicos do Poder Judiciário, a exemplo de atos administrativos, atos praticados pelos auxiliares da justiça e atos não decisórios praticados pelo próprio magistrado, conforme leciona Alvarez Vianna⁶⁵.

Diante de fato jurisdicional, ou seja, fato tipicamente judiciário, quais sejam, despachos, decisões interlocutórias e sentenças, afirma o Autor não incidir responsabilidade civil objetiva nem subjetiva. Segundo ele, cabe uma “responsabilidade civil *sui generis*, a qual está condicionada à demonstração do erro judiciário ao lado dos demais requisitos que sedimentam a responsabilidade civil em geral⁶⁶”.

Com a devida *venia*, a construção de uma responsabilidade civil nem objetiva, nem subjetiva, parece solução que ultrapassa os limites inovatórios, uma vez que a aplicação da própria responsabilidade subjetiva, quando da prática de atos típicos, contradiz o próprio texto

⁶⁵ VIANNA, José Ricardo Alvarez - **Erro judiciário e sua responsabilização civil**. p. 125-126.

⁶⁶ *Idem* – *op. cit.* p. 126.

constitucional, isto é, a ausência de norma clara e objetiva sobre a conceituação de erro judiciário, e que regre responsabilidade civil do Estado pela função jurisdicional, revela o tortuoso e contraditório cenário em que o tema se encontra no Brasil, o que dificulta seu estudo.

No capítulo seguinte, será abordada a responsabilidade do juiz, de forma a se diferenciar as consequências da aplicação dos postulados do instituto quando da atuação pessoal do magistrado e a responsabilidade do próprio Estado.

4.1.1 A responsabilidade do agente causador do dano no Brasil

Como vimos acima, a responsabilidade civil do Estado pela administração da justiça encontra diferenças quando comparamos o modelo português com o brasileiro. Isto se deve ao fato de que Portugal possui norma específica que modernizou o tema no ano de 2007, o que não ocorreu até o momento no Brasil.

Como consequência, a responsabilidade civil pela administração da justiça (pelo erro judiciário) no Brasil é do tipo subjetiva, relegando ao lesado o dever de comprovar dolo, culpa ou erro grosseiro.

Por óbvio, imperiosa a análise detida quanto a responsabilidade do agente público causador do dano, neste caso, o Juiz. Isto porque, no exercício da sua função, o magistrado tem o dever de agir com responsabilidade, tendo a consciência de que aplica o direito em nome do Estado⁶⁷.

É certo que o Estado atua por meio de seus agentes, de modo que a responsabilidade civil estatal pressupõe, em tese, a atuação de um agente público que figura como preposto da pessoa jurídica de direito público.

Assim é que a norma brasileira prevê a responsabilidade pessoal e subjetiva dos agentes públicos pelos danos por eles causados nesta qualidade, sendo admitido o direito de regresso em caso de dolo ou culpa.

⁶⁷ *Idem – op. cit.* p. 20.

A regra não faz assepsia quanto ao cargo ou função da pessoa física, resumindo-se a qualificá-lo como agente público. Realidade similar ocorre na Constituição da República Portuguesa que, no artigo 22º, prevê, da mesma forma, a responsabilidade pessoal do agente público.

Nas palavras de Paulo Nader⁶⁸:

É desinflante o cargo ocupado, pois o importante é que exerça determinada função na pessoa jurídica de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviço público, sendo capaz, com seu ato ou omissão, de praticar dano a outrem no exercício de seu trabalho. A Constituição de 1988, ao substituir o vocábulo funcionário por agente, adotou terminologia mais abrangente, afastando as discussões então existentes, pois, em Direito Administrativo, funcionário era o servidor estatutário, ocupante de cargo. Não obstante, a doutrina atribuía um sentido amplo ao vocábulo funcionário, para significar os servidores em geral, a todo aquele que se encontrava engajado de um modo ou de outro na Administração Pública. Agente público, para os fins do art. 37, § 6º, da Lei Maior, é o servidor apto a desempenhar funções, independentemente de sua condição funcional, podendo ser efetivo ou não, integrar o quadro de carreira ou ser substituto ou temporário.

As normas constitucionais aqui citadas se referem aos agentes públicos de forma ampla, cuidando-se o legislador português de reforçar as figuras dos “titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes”. Portugal cuidou-se, diferentemente do que acontece no Brasil, em reforçar a responsabilidade do magistrado fazendo constar artigo específico quanto ao tema na Lei nº 67/2007.

Apesar de não haver no Brasil norma específica, a legislação esparsa reflete a indubitável inclusão dos juízes no rol de agentes públicos sujeitos ao regime de responsabilidade civil. Nas palavras de Irene Patrícia Nohara⁶⁹:

O erro judiciário no sistema brasileiro é caracterizado pela equivocada apreciação dos fatos ou do Direito, o que leva o juiz a proferir sentença passível de revisão ou rescisão, por dolo, culpa ou falha do serviço, bem como, em algumas hipóteses mais raras, por risco inerente ao funcionamento da justiça, que é atividade desenvolvida por magistrados e serventuários da justiça que, como seres humanos que são, estão sempre sujeitos ao cometimento de erros.

Doutrinariamente discute-se no Brasil a composição do polo passivo em demanda proposta por vítima de ato lesivo estatal, especialmente quanto ao manejo da ação em face do

⁶⁸ NADER, Paulo - **Curso de Direito Civil. Volume 7: Responsabilidade Civil.** p. 329-330.

⁶⁹ NOHARA, Irene Patrícia - **Direito Administrativo.** p. 791.

agente público, do Estado ou de ambas as pessoas. Autores como Paulo Nader⁷⁰ entendem ser correto o ajuizamento de ação reparatória somente em desfavor do Estado, uma vez que a relação originariamente estabelecida se resume a essas duas pessoas, cabendo ao Estado ação regressiva, conforme previsto no texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal se filia a esta tese, em especial quando o agente público se revela um magistrado. À tal figura deu-se a nomenclatura de *dupla garantia*⁷¹, teoria que defende a proteção ao particular, uma vez que a probabilidade do dano sofrido é praticamente certa, considerando-se que a pessoa jurídica de direito público, ou a pessoa jurídica de direito privado que presta serviço público, possui lastro econômico suficiente a cumprir a obrigação de indenizar.

Noutro prisma, garantido está o servidor estatal, alcançado apenas civil ou administrativamente de forma subsidiária, estando protegido pela pessoa jurídica de direito público a qual se vincula.

Por óbvio, encontra-se na literatura brasileira julgados dissonantes⁷².

Outros doutrinadores⁷³, contudo, defendem que a vítima tem o direito de livre escolha entre a pessoa física do agente, o ente público ou ambos quando da composição do polo passivo processual.

É certo que, em se tratando de dolo, estão dissociados a pessoa física do agente e o ente público ao qual está vinculado, uma vez que o *animus* pessoal em nada se relaciona com a finalidade institucionalmente prevista. Neste sentido, constatando-se conduta dolosa do servidor, afastada está a responsabilidade do ente estatal.

⁷⁰ NADER, Paulo - **Curso de Direito Civil. Volume 7: Responsabilidade Civil.** p. 330.

⁷¹ Recurso Extraordinário n. 327.904, de relatoria do Min. Carlos Britto, julgado em 15/8/2006, bem como no Recurso Extraordinário n. 344.133/PE, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2008. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759916/recurso-extraordinario-re-327904-sp> e <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2914792/recurso-extraordinario-re-344133-pe>, respectivamente.

⁷² Recurso Especial STJ n. 1.325.862, de relatoria do min. Luís Felipe Salomão, julgado em 5/9/2013. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807632/recurso-especial-resp-1325862-pr-2011-0252719-0-stj/inteiro-teor-24807633>.

⁷³ Celso Antônio Bandeira de Mello é dos mais conhecidos.

Vale ressaltar, ainda, que, diferente do que reza a Lei nº 67/2007 em Portugal, a responsabilidade do agente na Constituição Brasileira é do tipo subsidiária, dado o direito de regresso ao ente público em desfavor do agente.

Tal regra estabelece, numa análise inicial, que o agente público goza de certa proteção, uma vez que impõe ao Estado o dever de indenizar, sendo ele alcançado somente após esgotados os meios de satisfação da obrigação contra o ente público ao qual esteja vinculado.

Na prática, são raros os casos em que o particular lesado alcança a esfera patrimonial particular do agente, já que o Estado é ente inicialmente responsável e detém meios para a satisfação da obrigação contra si imposta. Contudo, como dito, uma vez ausente a atuação do agente na qualidade de servidor público, incabível a incidência do artigo 37, §6º da CF/88. Neste sentido, o Princípio da Dupla Garantia oferece guarida ao agente público que impõe dano por ação dolosa. Como assevera Miguel Seabra Fagundes⁷⁴, “se o agente pratica ato, pela sua natureza, totalmente alheio à função e sem correlação com o exercício das suas atribuições, o ato é pessoal seu e não do poder público”.

No entendimento de Carvalho Filho⁷⁵, “o prejudicado pelo ato jurisdicional doloso terá a alternativa de propor a ação indenizatória contra o Estado ou contra o juiz responsável pelo dano ou ainda contra ambos”.

Diferente conclusão diante da atuação culposa (negligência, imprudência, imperícia), conforme trataremos em capítulo específico. Nestes casos, a dupla proteção cumpre importante função, já que resguarda o agente público que impôs o dano sem a intenção de fazê-lo. Por óbvio, possível o manejo de ação regressiva do Estado, conforme previsto.

Importa ressaltar que a prática de ato com a intenção de prejudicar (dolo) afasta a caracterização do agente da finalidade estatal. Assim, como dito acima, agindo dolosamente o magistrado, desvirtuada está sua qualidade de agente público, de sorte que facilmente se conclui

⁷⁴ Fagundes *apud* COSTA, Moacir dos Santos - **A responsabilidade civil do juiz por danos resultantes de culpa em sentido estrito no exercício da função: a tolerância à atuação negligente, imprudente e imperita do magistrado brasileiro (1939-2017)**. p. 169.

⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. p. 580.

pela possibilidade de sua responsabilização pessoal em detrimento da eleição do Estado enquanto polo passivo de eventual ação.

A detida análise do presente ponto descamba inexoravelmente no estudo dos institutos da culpa e do dolo, oportunamente discutidos em capítulo específico. O que se pode adiantar é que o texto constitucional vigente impõe a responsabilidade reflexa do agente público (que pode ser demandado em ação pelo Estado), não o isentando, contudo, de responsabilidade, de sorte que sua exclusão, seja por dolo ou culpa, viola preceito constitucional.

De mais a mais, é vasta a doutrina que reconhece a tese da não responsabilidade pessoal do juiz uma vez verificada a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia). Neste particular, exclui-se a possibilidade de reconhecimento de imperícia, uma vez que a ocupação do cargo de juiz impõe a aprovação em prova pública, de sorte que o conceito de imperícia resta prejudicado.

Mário Guimarães⁷⁶, por exemplo, defende a irresponsabilidade dos juízes por danos causados como consequência de decisões erradas:

Razões mais fortes, porém, aconselham a irresponsabilidade. Primeiramente, uma política social: os juízes pagam tributo inexorável à falibilidade humana. Erram porque são homens. Se obrigados a ressarcir, de seu bolso, os danos causados, ficariam tolhidos, pelo receio do prejuízo próprio, na sua liberdade de apreciação dos fatos e de aplicação do Direito. Nem se coadunaria com a dignidade do magistrado coagi-lo a descer à arena, após a sentença, para discutir, como parte, o acerto de suas decisões. Demais, esgotados, no processo, todos os recursos com os quais se defenderá o prejudicado na sentença injusta, ou não interpostos, o que houver sido afinal deliberado constitui coisa julgada, que, por indeclinável conveniência pública, se tem como verdade. É a verdade legal. Renovar a discussão, reexaminar a sentença, para atender à injustiça dos danos, seria desobedecer à coisa julgada.

O Autor baseia-se inicialmente em argumento sócio-político construído sobre a frágil humanidade da pessoa do magistrado, apelando para sua fraqueza e alçando-o ao patamar de figura intocável, já que não deve responder, segundo ele, pelas consequências negativas que seus atos possam gerar. Noutra momento, apela ao instituto da coisa julgada que, divergindo do Autor, entende não ser argumento plausível a servir de escudo para a irresponsabilização do magistrado, sob pena de afronta à norma constitucional.

⁷⁶ Guimarães *apud* CAVALIERI FILHO, Sérgio - **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. p. 367.

Isto porque aceitar a existência de agente público imune às consequências dos seus próprios atos depõe contra o Estado Democrático de Direito. Não se quer dizer, contudo, que o magistrado deva estar sujeito pessoalmente à obrigação de indenizar ante a simples reforma de suas decisões, o que, se assim fosse, deporia contra o mesmo dogma do Estado Democrático de Direito.

Como se vê, é estreito o caminho que leva a responsabilidade civil dos juízes no Brasil. O inciso I, do artigo 143, do Código de Processo Civil, estabelece a previsão de responsabilidade pessoal por condutas positivas, enquanto o inciso II aborda condutas omissivas. Já o parágrafo único do mesmo artigo prevê a necessidade de prévio requerimento da parte para que o juiz determine a providência no caso das condutas omissivas. Somente após negativa de apreciação do referido pedido, configurada está a responsabilidade civil do magistrado.

Nos casos do inciso I, salta aos olhos a exclusão da possibilidade de responsabilização em casos de culpa, já que a lei somente prevê a imputação de responsabilidade por dolo ou fraude.

Quanto ao tema aqui debatido, importante trazer à baila as garantias previstas na Lei Complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), sob as quais atuam os magistrados. Isto porque o enfrentamento do tema nos tribunais brasileiros revela especial proteção aos juízes.

Pela regra prevista no artigo 49 da LC, o magistrado somente responderá por perdas e danos, ou seja, somente estará sujeito à responsabilidade civil quando: I – agir com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes.

Percebe-se que ambas as hipóteses previstas na legislação impõem dever de prova ao particular, fato que colide com os postulados relativos à responsabilidade civil objetiva.

Na prática, imaginando um caso em que a omissão ativa de um magistrado imponha prejuízo a uma parte processual, teria o lesado que provar a conduta lesiva (dolo ou culpa) com a qual agiu o agente público nesta condição, e o Estado, numa ação regressiva, provar dolo ou fraude do magistrado no exercício de sua função.

A proteção ao agente, na forma como construída, dificulta não somente sua responsabilização como também se reveste de verdadeira capa de impunidade àqueles que atuam de forma lesiva no exercício de função pública. Impossível aceitar a total irresponsabilidade pessoal de agente que atua de forma tão próxima à sociedade.

Prova disto é que são raros os casos na literatura brasileira em que o magistrado recebe alguma punição por consequência da imposição de responsabilidade civil. Como visto acima, o tema é tratado de forma secundária em nosso arcabouço legal, o que dá aos Tribunais o poder de regular as regras relativas ao tipo.

Por razões óbvias, inaplicável o dever de indenizar quando da simples reforma de decisão prolatada por juiz. Não é disso que se trata o tema. A garantia da independência e livre motivação do magistrado, contudo, não pode se misturar com a ideia de responsabilidade.

A função do magistrado é, por sua essência, interpretativa e valorativa, já que resulta da análise dos fatos, do direito e dos pedidos. Assim, a divergência quanto à interpretação dada à norma, ou análise das provas, não se confunde com as espécies de dolo ou culpa, revestindo-se tão somente de exercício típico da função do magistrado.

Mesmo entendimento deve ser dado no que diz respeito à coisa julgada e a tal figura como impeditivo de responsabilização civil e pessoal do magistrado por danos impostos *per se* quando de sua atuação típica, já que o fenômeno da coisa julgada se restringe às partes e não ao julgador.

4.2 Em Portugal

Como vimos nos capítulos anteriores, Portugal adotou lei específica que estabelece o regime da RCE, Lei nº 67/2007, verdadeiro avanço no tratamento infraconstitucional do tema. Com a regra, restaram positivados os preceitos necessários à boa aplicação do instituto quando

da ação danosa emanada por quaisquer dos entes estatais, incluindo-se as prestadoras de serviços públicos.

Tal conquista serve de espelho para países como o Brasil, que até o presente momento permanece inerte quanto a edição de lei específica que regre o tema, relegando ao curto texto constitucional, à jurisprudência e à doutrina o trabalho de construção dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil do Estado.

A lei em comento revogou o Decreto Lei nº 48.051/1969, representando importante inovação quanto ao tema. Sobre tal característica, afirma José Manuel Cardoso da Silva⁷⁷:

Até a entrada em vigor desse diploma, nada de semelhante, na verdade, se deparava no ordenamento legal português: unitariamente regulada estava, sim, a responsabilidade extracontratual do Estado por atos da função administrativa, no Decreto-Lei nº 48.051, de 21 de novembro de 1967, havendo, no mais, que considerar apenas a norma esparsa (...), relativa a actos praticados no quadro da função judicial. Quanto, por sua vez, à eventual responsabilidade por actos da função legislativa, não era ela objecto, como se sabe, de qualquer expressa previsão e regulamentação legal.

A opção dos portugueses pela edição da Lei nº 67/2007 afastou a possibilidade de concretização subjetiva mais alargada, uniformizando a matéria quando de sua aplicação, o que trouxe segurança jurídica a todos quantos se relacionem com o Estado, em quaisquer de suas esferas de atuação.

A norma hoje vigente teve por finalidade dar efetividade ao artigo 22º da Constituição, de forma a regular a RCE pelos danos advindos de ações ou omissões emanadas do Estado, dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos, quando do exercício da função administrativa e/ou jurisdicional.

Isto porque a relação entre particulares e o braço jurisdicional do Estado tem se revestido de complexidades nunca antes experimentadas, dada a necessidade cada vez mais presente de uma atuação justa, transparente e eficiente nos moldes do que se tem presenciado. O jurisdicionado tem demandado cada vez mais que o Estado cumpra com eficiência seu papel de

⁷⁷ SILVA, José Manuel Cardoso da - **Sobre o novo regime da responsabilidade do Estado por actos da função judicial**. p. 501.

apascentador social, o que torna sua relação com o cidadão mais latente e, portanto, mais vulnerável ao erro.

Dito isto, verifica-se que o RRCEE cuidou em construir, especialmente nos artigos 12º, 13º e 14º, os casos em que se impõem ao Estado o dever de indenizar pela má administração da justiça, bem como a responsabilidade do magistrado, conforme abordado no item 4.2.1.

O artigo 12º prevê a responsabilidade civil do Estado por danos causados no âmbito da administração da justiça, em especial a violação do direito a uma decisão em prazo razoável⁷⁸. O texto, *per si*, informa que a duração razoável do processo é direito posto e que sua inobservância é considerada, por via de consequência, falha na administração da justiça.

Ricardo Pedro⁷⁹ ressalta que “a responsabilidade civil do Estado pela violação do prazo razoável na administração da justiça, agora expressamente admitida no artigo citado, não se deve entender como uma novidade no ordenamento jurídico português, pois há duas décadas que este tipo de responsabilidade é admitida por nossa jurisprudência, nomeadamente, pelo impulso dado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”.

Mais que a mera positivação do direito, a norma portuguesa fez constar, como dito, que sua negativa é ato sujeito à imposição de dano, o que obriga a reparação de acordo com os preceitos postos.

Parece claro que o artigo 12º se estabelece como um regime geral da responsabilidade civil do Estado pela administração da justiça, não se utilizando, portanto, quando da ocorrência do erro judiciário, o que resta regrado no artigo 13º⁸⁰. Desta forma, pode-se dizer que, além de representar regime geral, o artigo 12º também se cuida em impor a responsabilidade ao Estado quando da prática de atos judiciais, ou seja, daqueles praticados não só pelo magistrado como também por todos os atores envolvidos na função judicial.

⁷⁸ O mesmo Autor entende que o artigo 12º se refere à violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável como um exemplo de má administração da justiça. Segundo ele, o âmbito de atuação da norma abrange a atividade de todos os demais atores da administração da justiça, e não apenas o juiz (*Idem – op. cit.* p. 752-753).

⁷⁹ PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre a Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. p. 22.

⁸⁰ GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades – Comentários à luz da Jurisprudência**. p. 747.

Isto quer dizer que o âmbito de aplicação subjetiva do artigo 12º se revela mais abrangente que aquele relativo ao artigo 13º, tratado em capítulo específico.

Assim, pode-se dizer que, ocorrendo dano imposto por ato judicial, a exemplo da demora injustificada do processo, é de se impor o dever de indenizar sempre que o ato seja considerado ilícito. Conforme vimos acima, o que se busca é a responsabilidade do Estado quando da sua função de administrar a justiça, de sorte que se impõe entender o que de fato tal função significa.

O próprio artigo exemplifica o que se entende por má administração da justiça, remetendo-se à violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável. De acordo com Ricardo Pedro, o artigo se apresenta como cláusula aberta, de sorte que outras situações se amoldam ao mesmo conceito, como nos casos de “penhoras indevidas, de perda ou venda indevida de bens confiados à ordem de um processo judicial (...) etc⁸¹”.

O presente estudo não se propõe à análise detida dos casos relativos a má administração da justiça em seu sentido mais amplo, dedicando-se à análise do erro judiciário.

O termo “erro” judiciário, aliás, impõe necessário estudo acerca do tema da responsabilidade civil do Estado pela administração da justiça, já que se coloca como ponto de partida para a configuração, ou não, do dever de indenizar, o que será abordado em capítulo específico.

É certo que a Lei nº 67/2007 foi deveras assertiva quando trouxe, em seus artigos 12º e 13º, os casos em que é admitida a responsabilidade civil do Estado por danos causados pela má administração da justiça e também pela ocorrência de erro judiciário, respectivamente⁸². Tal cuidado estabelece limites claros e de fácil aplicação prática, afastando a banalização na aplicação do instituto e dando aos atores envolvidos na relação a segurança jurídica necessária. Cabe ressaltar, ainda, que o próprio Magistrado, em sua autoavaliação, tem sob seu domínio regra positivada que impõe claro limite de atuação, de forma a se saber a partir de que ponto a

⁸¹ *Idem* – *op. cit.* p. 752.

⁸² Ricardo Pedro assevera que, uma vez que o artigo 13º, nº 1, estabelece o erro judiciário, é de se concluir que o artigo 12º se apresenta como um “regime geral”, de forma que ambos se aplicam em âmbitos distintos (GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades** – **Comentários à luz da Jurisprudência**. p. 748).

decisão por si emanada (ou não, nos casos de demora injustificada) configura-se como erro em sentido amplo aos olhos da lei.

No Brasil, como visto, o direito à razoável duração do processo está inserido como norma posta no art. 5º, LXXVII, sem que haja, contudo, a previsão da consequência jurídica em caso de inobservância de tal postulado, de forma que o cidadão brasileiro dificilmente vê reparado o injusto prejuízo causado pela demora na prestação jurisdicional.

Aliás, a Constituição Federal Brasileira, de forma omissa, assegura o direito à reparação por erro judiciário no mesmo artigo 5º, inciso LXXV, fazendo constar que este somente se opera quanto ao “condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Ora, o texto brasileiro como publicado leva ao consequente entendimento de que o erro judiciário somente se opera na esfera penal, o que não reflete a verdade. Diferente do amadorismo do texto brasileiro, a Lei nº 67/2007, como visto, cuidou-se de prever as hipóteses de imposição do dever de indenizar o lesado pela má administração da justiça, bem como em conceituar o erro judiciário (artigos 12º e 13º).

Dadas as circunstâncias em que a norma é disposta no universo jurídico brasileiro, são raríssimos os casos de condenação do Estado pela negativa ao direito de duração razoável do processo. Isto porque a falta de uma norma clara e elucidativa quanto ao tema, assim como ocorre no direito português, nada mais é que a consequência da clássica escola que aceitava o dever de indenizar apenas pelo Estado-Administração.

É indiscutível o direito do cidadão ao serviço estatal de qualidade, em especial ao atendimento das demandas de tutela jurídica, uma vez que esta é exclusividade do Estado. A prestação de jurisdição é, em suma, serviço público de monopólio estatal e que, diga-se, se mostra dos mais caros.

Estabelecer, portanto, regras claras que predeterminem as consequências de sua má prestação é algo imperioso no contexto atual, demanda que o Brasil ainda não atendeu.

Deste modo, o RRCEE se apresenta como modelo a ser seguido não só por nós brasileiros, mas por todos os países que buscam modernizar o arcabouço legislativo relativo ao tema. Em detida leitura da norma, percebemos a clara busca do legislador pela maior abrangência das regras de responsabilidade, não se limitando apenas ao já conceituado “erro judiciário”, mas à imposição do dever de indenizar quando da ocorrência de dano pelo mau desempenho no exercício da função jurisdicional (Capítulo III).

Fátima Galante lembra que a norma contida no artigo 12º deve ser interpretada à luz do que estabelecem os artigos 7º e 10º da Lei⁸³, de sorte que, no caso concreto, uma vez presente o elemento culpa (artigo 10º), aplica-se a teoria da responsabilidade do Estado por fato ilícito (artigo 7º). Tal entendimento somente reforça o que já diz o próprio artigo 12º, que remete à “responsabilidade por fatos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa”, de sorte que os artigos claramente se comunicam.

É certo que, apesar da clareza com que o tema está previsto em Portugal, importante o estudo quanto à aplicação prática de tal garantia, de sorte que serão abordados neste capítulo algumas das hipóteses de cabimento.

Na primeira delas, materializada pela demora injustificada da duração de um processo, bem como nos casos de funcionamento anormal da prestação do serviço jurisdicional, observa-se a ocorrência de culpa leve. Importante destacar que, tanto o conceito de demora (decisão judicial em prazo razoável), quanto a caracterização de funcionamento anormal do serviço jurisdicional, podem ser inferidos pela interpretação articulada dos artigos previstos na própria lei, de forma que sua aplicação prática se mostra efetiva, já que estreita a margem de interpretação subjetiva.

O enquadramento depende da análise do caso concreto, considerando-se as nuances relativas à solução do litígio, de forma a se configurar a ocorrência de dano como consequência da duração excessiva do processo⁸⁴. A verificação de culpa leve é imprescindível para a atuação do regime de responsabilidade civil do Estado, conforme será abordado em capítulo específico.

⁸³ GALANTE, Fátima - **O erro judiciário: a responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional**. p. 30.

⁸⁴ *Idem* – *op. cit.* p. 31.

Contudo, se a responsabilidade se origina da má prestação do serviço jurisdicional, a ocorrência de culpa é irrelevante.

No entendimento de Antunes Varela⁸⁵, a culpa se caracteriza em “termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito: o lesante, pela sua capacidade e em face das circunstâncias concretas da situação, podia e devia ter agido de outro modo”.

Já a ocorrência do erro judiciário, conforme se estudará adiante, impõe a observância de danos decorrentes de decisão judicial inconstitucional, ilegal ou nos casos de erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de fato. Como veremos adiante, o pedido de indenização fundado numa destas hipóteses impõe a revogação da decisão danosa, o que, adianta-se, restringe sobremaneira e de forma injustificada o regime de atuação da responsabilidade civil.

Vale ressaltar, por fim, que, como no Brasil e em grande parte dos países ocidentais, a configuração de erro judiciário na esfera penal em Portugal aparenta ser terreno pacífico. A própria Constituição da República, em seu artigo 27º, nº 5, e artigo 29º, nº 6, devidamente regulamentados pelo Código de Processo Penal, estabelece o dever de indenizar a pessoa lesada nos casos de privação inconstitucional ou ilegal da liberdade, bem como nos casos de condenação injusta, abordagem que, como dito no capítulo introdutório, não é objeto do presente estudo.

De mais a mais, insta destacar que, para além das hipóteses da ocorrência do erro judiciário de origem penal, inúmeras são as possibilidades de configuração de falha quando da atuação do Estado em outras funções. É o que observa Emídio José da Costa e Ricardo José Amaral da Costa⁸⁶.

Conclui-se, portanto, que, no direito português, a responsabilidade pela administração da justiça se materializa quando da prática de um ato judicial lesivo, a exemplos de violação do direito a uma decisão judicial em tempo socialmente aceitável (prazo razoável), configuração

⁸⁵ Varela *apud* AMORIM, Camila Silva de - **A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades em Portugal. Um exemplo a ser seguido.** p. 293.

⁸⁶ COSTA, Emídio José da; COSTA, Ricardo José Amaral da - **Da responsabilidade civil do Estado e dos magistrados por danos da função jurisdicional.** p. 159.

do erro judiciário e nos casos de dolo ou culpa grave do magistrado, uma vez exercido o direito de regresso pelo Estado.

A última hipótese aqui abordada se consubstancia no direito de regresso dado ao Estado em desfavor dos juízes que tenham cometido ato com dolo ou culpa grave, o que veremos no capítulo abaixo.

4.2.1A responsabilidade civil do agente causador do dano em Portugal

No direito português, a responsabilidade do magistrado encontra-se inserida no artigo 14º, da Lei nº 67/2007⁸⁷, senão vejamos:

1 - Sem prejuízo da responsabilidade criminal em que possam incorrer, os magistrados judiciais e do Ministério Público não podem ser directamente responsabilizados pelos danos decorrentes dos actos que pratiquem no exercício das respectivas funções, mas, quando tenham agido com dolo ou culpa grave, o Estado goza de direito de regresso contra eles.

2 - A decisão de exercer o direito de regresso sobre os magistrados cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça.

Tal artigo estabelece que, “sem prejuízo da responsabilidade criminal em que possam incorrer, os magistrados judiciais e do Ministério Público não podem ser directamente responsabilizados pelos danos decorrentes dos actos que pratiquem no exercício das respectivas funções, mas, quando tenham agido com dolo ou culpa grave, o Estado goza de direito de regresso contra eles”.

Importante observar o âmbito de atuação estabelecido pela Lei nº 67/2007 tanto em seu carácter subjetivo quanto em seu carácter objetivo. Isto porque o estudo quanto à abrangência da norma revela, num primeiro aspecto, sobre quem recai o dever de indenizar; num segundo momento, estabelece quais decisões jurisdicionais podem ser alcançadas por esta e sob quais pressupostos.

A delimitação do âmbito subjetivo revela, como dito, sobre quem recai a obrigação de indenizar a partir da prática de decisões eivadas de erro, ou seja, quem pode ser nomeado sujeito

⁸⁷ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2073&tabela=leis&so_miolo=

passivo da responsabilidade civil extracontratual. A resposta aparentemente simples nos conduz pelo campo da imputação ao Estado (já que estamos diante do regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado), bem como do magistrado que, nos moldes do artigo 22º da Constituição, poderia ser inserido no conceito de agente estatal.

Ocorre que, como é sabido, a função jurisdicional impõe a prática de atos por vários atores para além do magistrado. Este tema em particular, apesar de não ser ponto focal do presente estudo, merece análise, ainda que superficial, com o intuito apenas de delimitar, como dito, o âmbito subjetivo da norma.

Ana Celeste Carvalho, citando Jorge Miranda, estabelece que o RRCEE não trata da responsabilidade por ações ou omissões do Ministério Público⁸⁸. Contudo, a Autora atenta para o fato de que o artigo 14º, nº 1, da Lei nº 67/2007, está disposto de forma a incluir tais magistrados no âmbito de sua atuação inequivocamente nos termos do artigo 12º. Quanto ao artigo 13º, a Autora coloca em dúvida sua aplicação, embora entenda também ser cabível nos casos de “adopção de medidas errôneas”.

Concentrando-se a análise quanto ao âmbito subjetivo nos magistrados, percebe-se que a norma como se encontra dificulta sobremaneira a aplicabilidade prevista em seu próprio corpo, uma vez que é necessária a apuração de dolo ou culpa grave em concreto praticados pelo magistrado para que o Estado exerça direito de regresso. Nos casos de culpa leve do agente, sequer é possível o exercício do referido direito. Neste sentido, afirma Elizabeth Fernandez⁸⁹:

Concluindo: a culpa interessa apenas para determinar a possibilidade de exercício do direito de regresso por parte do Estado contra os magistrados judiciais ou do Ministério Público. Dir-se-á: se o comportamento do magistrado em causa for qualificado como ligeiramente negligente, o Estado que tenha sido condenado a pagar ao lesado uma indemnização por ter ficado provado que o magistrado em causa cometeu um erro manifesto na sua decisão não terá contra este qualquer direito de regresso, que está reservado para situações em que aquele tenha agido com dolo ou culpa grave.

O que se constata em Portugal assemelha-se à prática brasileira, qual seja, a de que o juiz se encontra em patamar inalcançável no que refere à reponsabilidade civil por sua própria

⁸⁸ CARVALHO, Ana Celeste - **Responsabilidade civil por erro judiciário: uma realidade ou um princípio por concretizar?**. p. 35-36.

⁸⁹ FERNANDEZ, Elizabeth - **Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidade e interrogações**. p. 18.

atuação. Conforme asseverado acima, tal situação contrasta de forma inaceitável com os postulados do Estado Democrático de Direito. Repete-se em Portugal a doutrina do *the King can do no wrong*, substituindo-se o rei pelo juiz sob o argumento da necessária independência da atuação do magistrado.

Ocorre que a equalização entre o Princípio da Independência, previsto na Constituição Portuguesa, e a necessária responsabilidade pelo exercício da função judicial, mormente aquela atribuída ao juiz, é tarefa das mais difíceis, em especial quando do império do Estado Democrático de Direito em que se entende que nenhuma função ou instituição estatal é autorizada a funcionar sem que seja passível de responsabilidade pelos seus atos⁹⁰.

Salta aos olhos o fato de que, conforme previsto na Lei nº 67/2007, sequer existe solidariedade entre o Estado e o agente público, imputando-se somente ao Estado as consequências da responsabilidade civil.

Segundo Emídio José da Costa e Ricardo José Amaral da Costa, “se na decisão que condenou o Estado não se apurou o dolo ou a culpa grave do magistrado, nem sequer deve ser promovido o direito do regresso, já que só nesses casos existe tal direito”⁹¹.

Por óbvio, o RRCEE inovou ao inaugurar a responsabilidade civil do magistrado por erro em sentido amplo, já que o tema não era previsto no Decreto-Lei nº 48051/1967. A norma vigente encerrou o histórico de omissão quanto ao tema. Contudo, conforme aqui se aponta, a aplicação prática da responsabilidade pessoal do magistrado encontra obstáculos quase intransponíveis, em especial os requisitos previstos no artigo 14º, nº 1 (a configuração de dolo ou culpa grave) e nº 2 (a discricionariedade quanto ao exercício do direito de regresso)⁹².

⁹⁰ Conforme define Ana Celeste Carvalho, “a função de julgar pode definir-se como aquela que se materializa na aplicação do Direito a uma situação concreta da vida, declarando e fazendo o Direito, coercitivamente se para tanto necessário, numa base de igualdade de todos os cidadãos perante a lei e o Direito, estando intimamente ligada ao direito à tutela jurisdicional efectiva”. (CARVALHO, Ana Celeste - **Responsabilidade civil por erro judiciário: uma realidade ou um princípio por concretizar?**. p. 24-25).

⁹¹ COSTA, Emídio José da; COSTA, Ricardo José Amaral da - **Da responsabilidade civil do Estado e dos magistrados por danos da função jurisdicional**. p. 195.

⁹² Responsabilidade dos magistrados

1 - Sem prejuízo da responsabilidade criminal em que possam incorrer, os magistrados judiciais e do Ministério Público não podem ser directamente responsabilizados pelos danos decorrentes dos actos que pratiquem no exercício das respectivas funções, mas, quando tenham agido com dolo ou culpa grave, o Estado goza de direito de regresso contra eles.

2 - A decisão de exercer o direito de regresso sobre os magistrados cabe ao órgão competente para o exercício do poder disciplinar, a título oficioso ou por iniciativa do Ministro da Justiça.

Neste particular, aliás, Elizabeth Fernandez⁹³ ressalta que, considerando-se o entendimento dos Tribunais portugueses no sentido de que o erro indenizável deve ser palmar, crasso ou manifesto, é de se concluir que este ocorra por consequência de atuação minimamente culposa do magistrado. Segundo a Autora, sempre que o erro for flagrante, está-se diante de culpa grave, de forma que “cada vez que o Estado seja condenado por erro judiciário nos termos do artigo 13º, nº 1, terá direito de regresso contra o magistrado autor do ato⁹⁴”. Assim, de acordo com seu entendimento, a decisão quanto ao exercício do direito de regresso não deve comportar margem de discricionariedade.

Salvador da Costa estabelece a responsabilidade dos magistrados como indireta, ressaltando que “os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvo nos casos excepcionais consignados na lei, e que se a falta não constituir crime, a sua responsabilidade civil apenas pode ser efectivada mediante acção de regresso do Estado contra ele com fundamento em dolo ou culpa grave”⁹⁵.

O que se verifica na prática é que a responsabilidade civil dos magistrados prevista na lei se revela verdadeira irresponsabilidade civil do magistrado.

Diferente do que ocorre no Brasil, o legislador português optou por prever a responsabilidade de agente público específico, qual seja, do magistrado judicial e do Ministério Público. No país americano, o §6º, do artigo 37, da Constituição Federal, ao enunciar “agente público”, não faz acepção de categoria, de forma que o entendimento é de que a norma se aplica indiscriminadamente a todos aqueles exercentes de cargo público.

Salvador da Costa reforça, ainda, que a responsabilidade pessoal dos magistrados somente é possível nos casos de prática criminosa, utilizando o termo “responsabilidade civil conexas com a criminal”⁹⁶, *in verbis*.

⁹³ FERNANDEZ, Elizabeth - **Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidade e interrogações**. p. 18.

⁹⁴ *Idem* – *op. cit.* p. 19.

⁹⁵ COSTA, Salvador da - **Responsabilidade civil por danos derivados do exercício da função jurisdicional**. p. 21.

⁹⁶ *Idem* – *op. cit.* p. 22.

Joana Catarina⁹⁷ releva a questão da responsabilidade do magistrado sob a ótica da clássica pergunta: quem guarda o guardião? Quem nos protege daquele que nos protege? Para ela, imperiosa se faz a conjugação entre a independência dos Tribunais e a responsabilidade dos juízes, de forma que o debate sobre tais pilares não estabeleça uma contradição.

Pode-se concluir, portanto, que a norma vigente não se furtou de impor ao magistrado responsabilidade pessoal quando de sua atuação típica. Contudo, a imposição de requisitos específicos e de difícil constatação revela caráter protetivo à atuação do magistrado, de sorte que sua configuração se apresenta como verdadeira exceção.

Conforme se verá no capítulo a seguir, necessário em qualquer caso analisar os aspectos relativos ao erro judiciário, mormente quanto aos requisitos dolo, culpa, dano e nexó dentro do contexto da conceituação do erro judiciário.

⁹⁷ ANJOS, Joana Catarina Neto dos - **Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário: o concurso de culpa do lesado e as garantias de uma tutela jurisdicional efetiva**. p. 14.

5. O erro judiciário

Abordar a responsabilidade civil do Estado na atualidade é algo desafiador e ao mesmo tempo instigante, uma vez perceptível sua utilização prática nas relações contemporâneas. Como dito, as relações entre os entes públicos e os jurisdicionados tem alcançado uma dinâmica cada vez mais particular sob a ótica do Direito, impondo aos legisladores a constante modernização dos normativos sobre o tema.

Conforme rapidamente tratado acima, imperioso abordar a conceituação de erro judiciário a partir da análise moderna do tema. Para além dos pressupostos da responsabilidade civil, conceituar o erro judiciário estabelece ponto de partida para a aplicação prática das normas vigentes.

Tal tarefa se mostra particularmente difícil no universo jurídico brasileiro, uma vez que o erro judiciário se resume, na prática, aos casos de privação da liberdade de forma injusta e/ou equivocada por decisão de autoridade judiciária. Raríssimos são os casos de reconhecimento de erro judiciário na esfera cível, conforme dito acima. Ainda na esfera penal, o erro judiciário se materializa uma vez decretada a prisão tida como injusta (seja por autoridade judiciária ou por autoridade policial), perpetuando-se por toda a instrução criminal, quando for o caso.

Não nos afastemos de que a RCE é uma conquista de cidadania e representa a evolução do Estado Democrático de Direito, como dito alhures. Impor ao Estado o dever de indenizar põe a sociedade e os entes públicos em patamar de “igualdade” quando da imposição de dano a terceiros.

É exatamente por isso que a Constituição Federal brasileira de 1988 prevê, a exemplo de outros tantos países, o dever de indenizar aquele que sofreu dano por erro judiciário.

Contudo, a análise de julgados recentes revela uma face distorcida do postulado da responsabilidade civil objetiva do Estado quando o assunto é a responsabilidade civil por erro judiciário fora da esfera penal. Os magistrados brasileiros têm séria dificuldade em dissociar o conceito de erro judiciário das suas hipóteses de configuração.

A lacuna quanto ao tema é tamanha que alguns autores brasileiros ainda defendem a soberania do Poder Judiciário, de forma a construir a falaciosa afirmação de que este está imune à responsabilização por seus erros. A regra é claramente prevista no art. 37, §6º, da Constituição, sem que se perceba, contudo, a conceituação do erro judiciário para além das hipóteses penais.

No Brasil, para se falar em dever de indenizar, necessário se ater à conduta ensejadora do dano, em especial quanto à ocorrência de dolo ou culpa para que se caracterize a responsabilidade civil por erro judiciário, de sorte a se estabelecer a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva nos casos atos judiciais ou atípicos ou da teoria da responsabilidade objetiva nos casos de atos jurisdicionais ou típicos.

Considerando a dificuldade de conceituação e delimitação de requisitos e pressupostos que impera no universo jurídico brasileiro, vamos nos ater ao que lecionam lei, doutrina e jurisprudências portuguesas, que se mostram, conforme se verá nas linhas abaixo, muito mais sintonizadas com o direito moderno comparativamente ao país sul americano. Do estudo da responsabilidade civil do Estado, a partir da ótica de dano imposto por ato emanado do Poder Judiciário, quando da sua atuação jurisdicional, exsurge a questão: o que se pode conceituar como erro judiciário?

Para Luís Guilherme Catarino, o erro judiciário é “a ignorância ou falsa representação de uma situação de facto ou de direito existente à data da declaração de vontade, ou que existiu antes dessa declaração, e que determina a formação da vontade declarada, podendo distinguir-se, à semelhança do direito civil, consoante o erro se reporte à pessoa, objeto da lide, ou aos motivos”⁹⁸.

Segundo o jurista Ricardo Pedro, “o erro judiciário se apresenta como um juízo humano equivocado. Se esse equívoco ocorre no exercício da função jurisdicional, então, estamos perante um erro judiciário”⁹⁹. O Autor lembra que o conceito de erro judiciário não exsurge do

⁹⁸ CATARINO, Luís Guilherme - **A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça**. p. 267.

⁹⁹ PEDRO, Ricardo – **Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário: da “law in book” à “law in action”**: *mind the gap*. p. 171.

texto legal adiante referenciado (artigo 13º, da Lei nº 67/2007), que se dedica a reger as hipóteses de configuração¹⁰⁰.

De toda sorte, o conceito de erro judiciário revela a limitação de sua aplicação, uma vez que não pode ser estendido a toda e qualquer atuação jurisdicional do Estado. Isto nos mostra a importância da constatação da prática do ato jurisdicional lesivo que se amolde ao conceito de erro judiciário.

Leciona Giovanni Ettore Nanni¹⁰¹:

O erro judiciário é aquele oriundo do Poder Judiciário e deve ser cometido no curso de um processo, visto que na consecução da atividade jurisdicional, ao sentenciarem, ao despacharem, enfim ao externarem qualquer pronunciamento ou praticarem qualquer outro ato, os juízes estão sujeitos a erros de fato ou de direito, pois a pessoa humana é falível, sendo inerente a possibilidade de cometer equívocos.

Conforme abordado acima, os atos emanados do Poder Judiciário distinguem-se entre típicos e atípicos¹⁰², de sorte que somente se amoldam ao erro judiciário os atos considerados típicos. Assim, num determinado aspecto, o erro judiciário não está presente em todo o universo da responsabilidade civil do Estado pela administração da justiça¹⁰³.

Os atos atípicos se consubstanciam no campo da má administração da justiça, fugindo do conceito de erro judiciário. Assim sendo, podemos dizer que, no direito português, os atos jurisdicionais atípicos ensejam a responsabilidade civil do Estado, conforme artigo 12º, da Lei nº 67/2007; sendo ato jurisdicional típico, os postulados da RCE contidos no artigo 13º podem, ou não, ser utilizados, a depender do caso concreto.

Para melhor delimitar o estudo do tema, importante identificar, como dito, a prática de ato materialmente jurisdicional. É que, para a conceituação de erro judiciário nos moldes do

¹⁰⁰ *Idem – op. cit.* p. 172.

¹⁰¹ Nanni *apud* NETO, Martinho Gerlack Otto; ÁLVARES, Silvio Carlos - **A responsabilidade civil do Estado, o erro judiciário e a indenização na revisão criminal brasileira.** p. 905.

¹⁰² NETO, Martinho Gerlack Otto; ÁLVARES, Silvio Carlos - **A responsabilidade civil do Estado, o erro judiciário e a indenização na revisão criminal brasileira.** p. 906.

¹⁰³ Como lembra Alvarez Vianna, o Poder Judiciário exerce função típica de prestação jurisdicional e função atípica administrativa. Segundo ele, no exercício das funções atípicas, “o Poder Judiciário equipara-se ao Poder Público (administração pública), de maneira que se lhe aplica o disposto nos artigos 37, §6º, da Constituição, razão pela qual a responsabilidade civil por sua atuação será inequivocamente objetiva” (VIANNA, José Ricardo Alvarez - **Erro judiciário e sua responsabilização civil.** p. 118-119).

artigo 13º, necessário estar-se diante de ato tipicamente praticado com o intuito de dirimir controvérsia em âmbito judicial, ou seja, emanado com a função inequívoca de resolver um litígio¹⁰⁴. Não sendo o ato categoricamente jurisdicional, aplica-se a regra contida no artigo 12º¹⁰⁵.

Assim é que, assumindo o termo “erro na administração da justiça”, conforme abordado no capítulo 4, podemos identificar dois diferentes atos emanados do Poder Judiciário, quais sejam: os atos jurisdicionais (aqueles em que o juiz exerce a jurisdição) e os judiciários, entendidos como aqueles necessários ao funcionamento do Poder Judiciário e que extrapolam a figura do juiz, sendo praticado por outros servidores no exercício de suas funções.

É possível observar que as condutas administrativas da justiça, ou seja, aquelas não jurisdicionais, consideradas danosas, se estabelecem no patamar de funcionamento anormal da administração da justiça, como por exemplo a duração anormal do processo. O artigo 12º, da Lei nº 67/2007, prevê expressamente o regime aplicável aos danos ocasionados pela má administração da justiça¹⁰⁶.

Pela dilação do referido artigo, é clara a aplicação dos pressupostos da responsabilidade civil quando da má prestação do serviço público consubstanciada na omissão funcional que, *in casu*, se equipara às demais condutas administrativas sujeitas ao mesmo regime. Nota-se que o artigo 12º não impõe diferença de tratamento entre a função administrativa e a função judicial (má administração da justiça), como se lê no artigo 13º¹⁰⁷.

Neste particular, leciona Ricardo Pedro¹⁰⁸ que o regime previsto no artigo 12º se apresenta como norma complementar acerca do erro judiciário. Segundo o Autor, os casos não acobertados pelo regime previsto no artigo 13º podem vir a ser alcançados pelo regime previsto no artigo 12º, uma vez presentes os pressupostos. Ele também ressalta que o caráter menos

¹⁰⁴ FERNANDEZ, Elizabeth - **Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidade e interrogações**. p. 14.

¹⁰⁵ CUNHA, Luis Filipe Loureiro - **A responsabilidade civil por actos da Administração Pública**. p. 53.

¹⁰⁶ Artigo 12º - Salvo o disposto nos artigos seguintes, é aplicável aos danos ilicitamente causados pela administração da justiça, designadamente por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, o regime da responsabilidade por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa.

¹⁰⁷ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2073&tabela=leis&so_miolo=

¹⁰⁸ PEDRO, Ricardo – **Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário: da “law in book” à “law in action”**: *mind the gap*. p. 162.

exigente previsto no artigo 12º eleva seu grau de importância quando da “qualificação dos factos imputadores de responsabilidade civil no âmbito da administração da justiça¹⁰⁹”.

Uma vez estabelecido o âmbito de atuação do artigo 12º, voltemos ao conceito de erro judiciário que, no direito português, se extrai da dilação do artigo 13º, da Lei nº 67/2007¹¹⁰. Vejamos.

1 - Sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões judiciais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto.

Apesar de não conceituar, como dito, o erro judiciário, referido artigo se dedica a estabelecer as hipóteses de sua ocorrência. O número 1 reforça a já conhecida responsabilidade civil nascida das sentenças penais condenatórias consideradas injustas, como o que ocorre no Brasil, matéria que não é objeto do presente estudo, contudo.

Como se verifica, o erro judiciário pode ser entendido como a decisão judicial manifestamente inconstitucional ou ilegal, bem como aquela injustificada por erro grosseiro. A simples leitura do texto leva ao entendimento de que toda e qualquer decisão que contenha erro está alcançada pela norma, o que não se sustenta. A responsabilidade civil do Estado baseada no erro judiciário impõe que este seja incontestado quando da aplicação da norma constitucional ou infraconstitucional, já que, o erro “simples” na aplicação da norma pode ser corrigido através dos recursos legalmente previstos que tem o condão de sanar eventual desvio na aplicação da lei.

Assim, o que diz o artigo 13º é que a responsabilidade civil por erro judiciário se materializa quando da observância da prática de ato judicial típico manifestamente inconstitucional ou ilegal ou injustificado por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de fato.

¹⁰⁹ *Idem - Ibidem.*

¹¹⁰ Ana Celeste Carvalho afirma que a Lei nº 67/2007 não fornece o conceito de erro judiciário, apresentando apenas as características que ele deve conter para que seja fonte da obrigação de indenizar (PAZ, Margarida; CARVALHO, Ana Celeste - **A responsabilidade civil do Estado**. p. 51).

Para contextualizar o tema, importante lembrar a função jurisdicional do Estado e a soberania estatal em matéria jurisdicional. O Estado presta um serviço e, como tal, tem o dever de fazê-lo de forma eficiente e tecnicamente irrepreensível.

O que o cidadão/jurisdicionado busca é a prestação de um serviço estatal à altura de sua expectativa criada pelas normas postas pelo Estado Democrático de Direito. Com isto, releva perceber que a má prestação deste serviço se configura uma falha naquilo inicialmente buscado. Para além da análise filosófica, o que o Estado deve entregar não é a necessária justiça, mas o atendimento de uma demanda conforme previsto em lei.

Ao alimentarmos a matriz cartesiana de demanda e prestação de serviços, temos que o produto alcançado não pode ser outro que não a efetiva prestação jurisdicional prevista em lei. Eventual mácula no processo traduz-se, portanto, em dever de indenizar pela má administração da justiça, conforme estabelece o artigo 12º, ou pela prolação de decisão inconstitucional ou ilegal ou injustificada por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de fato, o que se pode chamar de erro judiciário.

No caso do artigo 13º, nº 1, o que se lê é: decisão judicial contrária à lei (constitucional ou infraconstitucional) configura-se erro judiciário, já que vicia o serviço prestado. Assim sendo, impõe-se o dever de indenizar.

Da mesma forma, o cometimento de erro grosseiro, assim entendido como aquele cometido na apreciação dos pressupostos de fato, macula o produto a que se busca, traduzindo-se em erro judiciário.

A decomposição do nº 1, do artigo 13º, revela que o legislador cuidou-se de ressaltar o “regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade”, dando a entender que, em tais casos, aplicam-se os postulados da responsabilidade civil contra o Estado mesmo não configurado o erro judiciário. A redação continua utilizando o vocábulo “manifestamente” para ressaltar o sentido de incontestância quanto à inconstitucionalidade, ilegalidade e ao erro grosseiro.

Pela dilação do art. 13º, e a consequente aplicação prática de tal previsão legal, o legislador português impôs a constatação do erro judiciário consubstanciado na prolação de sentença manifestamente inconstitucional, ilegal ou eivada de erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de fato, de forma que podemos dizer que o erro judiciário se materializa num erro de direito ou num erro de fato¹¹¹.

A partir da interpretação jurisprudencial de tal premissa, podemos afirmar que o dever de indenizar deve ser afastado quando constatada mera ilegalidade ou inconstitucionalidade reconhecida e devidamente revogada por órgão hierarquicamente superior, de sorte que a imposição do dever de indenizar está condicionada a uma qualificação especial quando da ocorrência do erro de direito. Tal qualificação pode ser traduzida pela constatação de ilegalidade ou inconstitucionalidade flagrante ou manifesta quando, por exemplo, a aplicação do direito se der de forma contrária a qualquer critério técnico jurídico mínimo.

O que se busca para a configuração de erro de direito e, portanto, da qualificação especial prevista no 13º, nº 1, é a aplicação ilegal ou inconstitucional dos preceitos vigentes de forma tão flagrante pelo julgador que não deixe dúvidas de que é contrária à Constituição ou às normas infraconstitucionais. Vejamos a jurisprudência abaixo¹¹² (destaquei):

I - No âmbito do erro judiciário o art. 13.º da Lei 67/2007, de 31-12, prevê duas situações: (i) a decisão jurisdicional manifestamente inconstitucional ou ilegal; (ii) a decisão jurisdicional manifestamente injustificada por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de facto.

II – (...)

III – (...)

IV – (...)

V – (...)

VI – (...)

VII - O erro de direito, para fundamentar a obrigação de indemnizar, terá de ser «escandaloso, crasso, supino, procedente de culpa grave do errante», sendo que só o erro que conduza a uma decisão aberrante e reveladora de uma actuação dolosa ou gravemente negligente é susceptível de ser qualificada como inquinada de «erro grosseiro».

VIII – (...)

¹¹¹ Alvarez Vianna afirma que o erro judiciário pode ser de direito ou de fato e “para ser considerado erro judiciário, não basta a ocorrência de simples falhas ou equívocos. É necessário que o erro seja grave, inaceitável, inadmissível, intolerável. Isto evita juízos de valor na aferição do erro judiciário. O erro judiciário deve ser constatado objetivamente”. (VIANNA, José Ricardo Alvarez - **Erro judiciário e sua responsabilização civil**. p. 229)

¹¹² Acórdão STJ 1668/12.0TVLSB.L1.S1 - Nº Convencional: 7ª SECÇÃO - Relator: Fernanda Isabel Pereira – Data do julgamento: 23/10/2014. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/B8E55B07DCAC24B080257D7A005477C6>

Particularmente quanto às decisões “manifestamente ilegais”, podem-se verificar as mais variadas possibilidades de incidência da obrigação de indenizar, uma vez que a “ilegalidade” pode estar presente desde a utilização de norma revogada até a aplicação contrária à jurisprudência consolidada. Quanto às decisões “manifestamente inconstitucionais”, necessária a aferição da inconstitucionalidade, ou seja, o reconhecimento pelo Supremo Tribunal de Justiça de que a norma em concreto foi considerada inconstitucional com repercussão geral.

Ana Celeste Carvalho utiliza o termo “erro manifesto de direito”, afirmando que este¹¹³ “pode constituir num *erro de previsão*, o erro na determinação da norma convocada a disciplinar a situação jurídica, na modalidade de erro na *qualificação*, quando é mal seleccionada a norma aplicável e de erro na subsunção, quando o tribunal integra na previsão da norma factos que ela não comporta, como num erro na estatuição, respeitante à aplicação da consequência jurídica definida pela norma”.

Nota-se que o legislador não se cuidou em conceituar o erro manifesto. Tal omissão impõe uma interpretação mais ampla sobre o conceito de decisão “manifestamente” eivada de erro de direito¹¹⁴ sem se perder de vista que a inconstitucionalidade tenha sido declarada pelo Tribunal Constitucional.

Sob a ótica do erro judiciário a partir da apreciação dos pressupostos de fato prevista na segunda parte, ressaltamos a utilização da expressão “erro grosseiro”, termo que comporta interpretação abrangente e subjetiva.

Ana Celeste Carvalho utiliza a expressão “erro grosseiro de facto”, o que nos parece traduzir melhor a intenção do legislador. Segundo a Autora¹¹⁵:

A decisão jurisdicional será injustificada se incorrer em erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de facto, o que traduz a actividade de valoração dos factos e das provas. Por decisão injustificada, por erro grosseiro de facto, entende-se aquela que não tem justificação, que não se encontra alicerçada nas concretas circunstâncias de facto que deveriam determinar o seu proferimento, as situações de afirmação ou negação de um facto cuja verificação se mostre incontestada no processo ou que não

¹¹³ CARVALHO, Ana Celeste - **Responsabilidade civil por erro judiciário: uma realidade ou um princípio por concretizar?**. p. 51.

¹¹⁴ *Idem – op. cit.* p. 52.

¹¹⁵ CARVALHO, Ana Celeste - **Responsabilidade civil por erro judiciário: uma realidade ou um princípio por concretizar?**. p. 48-49.

deixe margem para quaisquer dúvidas ou quando o juiz decidiu em flagrante contradição com os factos dados por provados.

Apesar de tal característica, é certo que o legislador fez constar o “erro grosseiro” diante da análise do caso concreto, ou seja, para que se verifique a ocorrência ou não do erro grosseiro imperiosa a análise dos pressupostos existentes e a apreciação deles pelo juiz. Assim, o erro grosseiro está presente quando o magistrado desconsidera a realidade fática presente no caso por desídia ou por omissão.

Em quaisquer dos casos, a necessidade de qualificação especial quando da análise do erro judiciário, à luz do artigo 13º, nº 1 (tanto no erro de direito quanto no erro de fato), respeita a regra constitucional prevista no artigo 203º que leciona que “os Tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei”. Tal princípio fundamental, qual seja, o da independência dos juizes, é pilar do Estado Democrático de Direito e traduz o conceito de soberania estatal¹¹⁶.

Assim, no caso concreto, a autonomia decisória do magistrado deve ser considerada para a aferição da ocorrência, ou não, do erro judiciário. O erro de direito ou de fato especialmente qualificado estará presente quando a interpretação do julgador ultrapassar a independência decisória que a própria Constituição lhe confere.

Nas palavras do Professor Ricardo Pedro¹¹⁷:

8. No que tange ao erro de direito, em particular, no que se refere às decisões jurisdicionais manifestamente ilegais, são várias as situações que se podem equacionar. Diga-se já que são apenas elencadas algumas das hipóteses que a prática tem permitido identificar, sem que outras não possam ter lugar. A mais simples, refere-se à «aplicação de uma lei expressamente revogada, sem que haja qualquer questão de sucessão de leis no tempo». No entanto, situações menos simples também se podem equacionar, nomeadamente, «a aplicação de uma norma ou de um regime jurídico com um determinado sentido interpretativo, mas ao arrepio de uma corrente doutrinal e jurisprudencial unanimemente seguida e consolidada, e que todos esperaríamos ver escolhida; o conhecimento, na decisão, de questões não suscitadas

¹¹⁶ Nas palavras de Joana Catarina, “apesar de a nossa Constituição da República Portuguesa proclamar, no art. 203.º, o princípio da independência do juiz como *ex libris* da função jurisdicional — que tem como principal corolário o princípio da irresponsabilidade dos juizes (art. 216.º, n.º 2) —, ainda assim esta garantia de irresponsabilidade não pode ser vista como um imperativo absoluto, devendo ser admitidas as ressalvas necessárias. Se tradicionalmente o binómio responsabilidade/independência do juiz se apresentava numa relação de antinomia, “*cujos pólos se enfrentariam como vasos comunicantes*”, actualmente o problema já não pode ser visto do mesmo modo”. (ANJOS, Joana Catarina Neto dos - **Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário: o concurso de culpa do lesado e as garantias de uma tutela jurisdicional efetiva**. p. 13).

¹¹⁷ PEDRO, Ricardo – **Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário: da “*law in book*” à “*law in action*”**: *mind the gap*. Revista do Ministério Público. p. 178.

pelas partes e que não são de conhecimento officioso». Ou seja, o erro judiciário emerge sempre que a solução atingida não é razoavelmente defensável, por não se apoiar em qualquer critério técnico reconhecido na comunidade pelos operadores jurídicos.

A caracterização do erro judiciário prevista no artigo 13º, nº 1, foi acertadamente construída pelo legislador português, uma vez que o dever de indenizar está presente somente diante do erro indesculpável, seja pela aplicação ilegal ou inconstitucional de norma posta, seja pela caracterização de erro grosseiro, protegendo, em último caso, a independência dos Tribunais e do magistrado.

Ocorre que, interpretando a qualificação especial prevista pelo legislador, a jurisprudência atual restringe sobremaneira sua configuração, de sorte que suscita o debate neste particular.

É pacífico o entendimento quanto a exigência de qualificação especial, conforme dito acima, de forma a se afastar a incidência da norma que impõe o dever de indenizar quando da ocorrência de erros “leves”. O Supremo Tribunal de Justiça, acompanhando os Tribunais de Costumes portugueses, pacificou que o “erro judiciário há de ser de uma intensidade, transcendência, gravidade ou significação especial¹¹⁸: ‘erro palmar, patente, crasso, manifesto, ostensivo, indubitável, incontestável e objectivo’”.

Ao afunilar o conceito do que seria “erro manifesto”, o julgador restringe a possibilidade de configuração do erro judiciário, dificultando a incidência do Princípio da Responsabilidade Civil do Estado por erro judiciário, o que agride diretamente o postulado constitucional previsto no artigo 22º.

Há de se ressaltar, quanto a este ponto específico, que a jurisprudência dominante é embasada em julgados e interpretações nascidos anteriormente à edição da Lei nº 67/2007. Deste modo, a exigência de que o erro seja “palmar”, como aqui já referenciado, em decisões posteriores ao ano de 2007, aparenta um grau de divergência quanto ao intuito do legislador previsto no artigo 13º. O que se busca ressaltar é que o caráter restritivo da interpretação dada

¹¹⁸ *Idem - op. cit.* p. 173.

à norma não se coaduna com a intenção do legislador particularmente por especializar conceito genérico, exigindo grau de gravidade não previsto em lei¹¹⁹.

Parece-nos notório que a jurisprudência portuguesa merece ser reavaliada de forma a considerar os dois aspectos acima ressaltados. A publicação de texto legal com conceito aberto revela clara intenção de aplicação alargada, ou seja, menos restritiva que aquela hoje vigente por força da interpretação jurisprudencial.

Tal entendimento coaduna com a abordagem feita acima no que tange à utilização do termo “manifesto” utilizado pelo legislador quando da inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato jurisdicional. Nota-se que erro manifesto traduz a ideia de aparência, ou seja, não se dedica a estabelecer o grau de gravidade com que atuou o magistrado, admitindo-se o erro judiciário ainda que em grau leve. É de dizer: para o legislador, uma vez constatado o erro manifesto de direito, o que se faz de plano, configurado está o erro judiciário.

Ademais, além de restringir o conceito de erro manifesto/grosseiro, a jurisprudência vigente acaba por impor requisitos não prescritos pelo legislador no artigo 13º. Com efeito, o entendimento das cortes prevê que o dever de indenizar pela prática de erro judiciário somente irá ocorrer quando o erro crasso, escandaloso, manifesto revelar “actuação dolosa ou gravemente negligente”¹²⁰, quando, na verdade, a lei determina que está configurado o erro mesmo que a conduta seja leve. Tal não fosse, desnecessária seria a previsão contida no artigo 14º quanto ao direito de regresso dado ao Estado em desfavor do magistrado.

Tal julgado que, diga-se, não apresenta entendimento isolado¹²¹, claramente impõe requisito não previsto na Lei, qual seja, o de que o erro judiciário tenha sido cometido com dolo ou culpa grave para que assim seja conceituado. O julgador utiliza-se da previsão contida no artigo 14º, da Lei nº 67/2007, que estabelece o direito de regresso dado ao Estado em desfavor do magistrado quando da sua atuação com dolo ou culpa grave, para construir o entendimento de que somente em tais casos (atuação com dolo ou culpa grave) está-se diante de erro manifesto, grosseiro, palmar, crasso.

¹¹⁹ *Idem – Ibidem.*

¹²⁰ Vide nota de rodapé nº 112.

¹²¹ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Évora nº 389/14.4TVLSB.E1.

Tais observações impõem, conforme aqui defendido, a revisão dos posicionamentos jurisprudenciais portugueses de forma a atenderem às intenções do legislador quando da edição do RRCEE, uma vez que este buscou aproximar o jurisdicionado do direito a uma reparação justa.

Para além da caracterização qualificada do erro de fato ou do erro de direito, necessário reconhecer sua ocorrência como pressuposto material da ação de indenização por responsabilidade civil do Estado. Quer isto dizer que, para que o Estado seja responsabilizado por erro judiciário, há de se constatar o erro grosseiro na análise dos pressupostos de fato ou dos pressupostos de direito, de sorte que tal constatação é materialmente exigida pela lei como pressuposto da ação indenizatória.

O RRCEE impõe a constatação de danos causados por decisões “manifestamente inconstitucionais ou ilegais” ou “injustificada por erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de fato”, o que significa que as duas hipóteses se revelam pressupostos materiais da ação¹²².

O que releva destacar é a clarividente posição do legislador em estabelecer, no artigo 13º, nº 1, dois pressupostos materiais do dever de indenizar, quais sejam, o erro manifesto de direito e o erro grosseiro de fato. Vale ressaltar que os pressupostos não são cumulativos, ou seja, a imputação de responsabilidade por erro judiciário está presente quando da verificação de apenas um dos motivos de ilegalidade da decisão.

Para além dos dois pressupostos materiais aqui analisados, e do pressuposto processual previsto no artigo 13º, nº 2 (que será abordado em capítulo específico), necessária se faz a análise dos demais pressupostos materiais estruturados na teoria geral da responsabilidade civil, quais sejam, culpa, dano enexo, conforme se verá abaixo.

¹²² Joana Catarina resume o tema afirmando que o erro grosseiro é pressuposto material da ação de responsabilidade, dando a entender que este se relaciona tanto ao erro de fato quanto ao erro de direito. Com a devida *venia*, entendo que o erro grosseiro se revela somente quando da análise equivocada dos pressupostos de fato, uma vez que possui caráter especialmente subjetivo. Quanto ao erro de direito, a constatação de clara ou flagrante ilegalidade ou inconstitucionalidade ultrapassa a ideia de erro grosseiro, revelando-se, como no próprio texto da lei, decisão contrária à norma (constitucional ou infraconstitucional), o que não comporta caráter subjetivo. Isto quer dizer que inconstitucionalidade ou ilegalidade se constata de plano; erro grosseiro na apreciação dos pressupostos de fato, por sua vez, impõe a observância das nuances particulares do caso concreto. (ANJOS, Joana Catarina Neto dos - **Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário: o concurso de culpa do lesado e as garantias de uma tutela jurisdicional efetiva**. p. 15).

Pode-se concluir que, no Brasil, a discussão se restringe à aplicação dos pressupostos da responsabilidade à função jurisdicional típica do Poder Judiciário, que é a de dizer o direito aplicável em concreto. Gonçalves, citando Cahali¹²³, releva a tendência jurisprudencial dos tribunais nacionais.

Como já dito, quando se fala em responsabilidade civil por atos do Poder Judiciário, tem-se claras duas diferentes espécies de conduta: o erro judiciário e o funcionamento anormal da justiça, estando restrita a primeira à ideia de ato jurisdicional em si. Nas palavras de Irene Patrícia Nohara¹²⁴:

O erro judiciário no sistema brasileiro é caracterizado pela equivocada apreciação dos fatos ou do Direito, o que leva o juiz a proferir sentença passível de revisão ou rescisão, por dolo, culpa ou falha do serviço, bem como, em algumas hipóteses mais raras, por risco inerente ao funcionamento da justiça, que é atividade desenvolvida por magistrados e serventuários da justiça que, como seres humanos que são, estão sempre sujeitos ao cometimento de erros.

Por razões óbvias, não há que se falar em erro judiciário quando a decisão encontra-se condizente com as questões de fato e com as provas e obedece aos pressupostos autorizativos. Como dito, o erro judiciário no Brasil guarda *status* constitucional por estar previsto no artigo 5º, LXXV, da CF/1988. Infelizmente, nem na carta constitucional, nem em lei complementar, encontra-se conceituado o erro judiciário, o que enseja discussões especialmente quanto à necessidade, ou não, da desconstituição da sentença condenatória por meio de revisão criminal ou ação rescisória. Além disso, a discussão alcança o âmbito de aplicação da norma, se apenas na esfera criminal ou também aos demais ramos do direito.

É certo que a função jurisdicional, seja ela típica ou atípica, atinge o jurisdicionado, destinatário da prestação do serviço público. Assim, aceitar a exclusão dos pressupostos da responsabilidade civil em qualquer caso (função típica ou administrativa), fere o postulado da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Na prática, a jurisdição estatal é única e indivisível, de forma que os critérios de distribuição de competência existem como forma de facilitar o exercício da jurisdição.

¹²³ Cahali *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro, Volume 4: Responsabilidade Civil**. p. 175.

¹²⁴ NOHARA, Irene Patrícia - **Direito Administrativo**. p. 791.

Isto quer dizer que, numa interpretação prática, deve-se aplicar o dever de indenizar em desfavor do Estado, quer o ato lesivo seja jurisdicional, administrativo, penal ou civil.

O Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar a matéria, pacificou o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado somente se aplica aos atos jurisdicionais nos casos previstos no artigo 5º, LXXV, da Constituição Federal, ou naqueles expressamente previstos em lei. Para os demais, aplicam-se os postulados quando da verificação do erro judiciário:

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário. A teoria da responsabilidade objetiva do Estado, em regra, não é cabível para atos jurisdicionais, salvo nos casos do art. 5º, LXXV, da CF e naqueles expressamente declarados em lei. Precedentes. 3. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Sem majoração da verba honorária. (RE 831186 AgR, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 02-09-2019 PUBLIC 03-09-2019) (STF - AgR RE: 831186 SC - SANTA CATARINA 5011260-17.2013.4.04.7200, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 23/08/2019, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-191 03-09-2019)¹²⁵.

Ocorre que a análise simplista não se amolda a todos os casos em concreto, já que os pressupostos aqui listados precisam ser analisados no contexto da ação humana justamente em razão do Estado se materializar na pessoa do magistrado.

O estudo do erro judiciário e sua caracterização suscitam a análise dos pressupostos ensejadores da responsabilidade civil. Constatar a conduta indesculpável do magistrado se faz mister, de forma que o elemento volitivo que impregna a decisão judicial está intrinsicamente associado ao conceito de erro judiciário.

De mais a mais, utilizando-se a ótica portuguesa, a decomposição do termo “erro judiciário” aponta para uma série de elementos menores que facilitam sua compreensão e permitem a análise isolada dos elementos ensejadores do dever de indenizar. Como visto em capítulo específico, o dever de indenizar está sedimentado no trinômio conduta, dano e nexos.

Deste modo, a constatação de divergência entre o *decisum* e a lei vigente, ou ainda entre a sentença e as provas carreadas aos autos, a ponto de se constatar dano a uma das partes,

¹²⁵ Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768210056/agreg-no-recursoextraordinario-agr-re-831186-sc-santa-catarina-5011260-1720134047200>.

pressupõe a detida análise do conceito de ato ilícito, dolo, culpa, resultado danoso e o nexo entre eles, conforme passamos a expor especialmente à luz da legislação portuguesa.

5.1 O ilícito civil

Dentre os requisitos ensejadores do dever de indenizar a partir do conceito geral da responsabilidade civil, a ilicitude civil se destaca pela ampla aplicação no direito vigente.

Diz-se ilícita a conduta que representa descumprimento de um dever jurídico posto. Tal inobservância causa, ou tende a causar, prejuízos, restando o dever de indenizar¹²⁶.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, tem-se por conduta “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”. Para ele, a “ação ou omissão é aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico ou subjetivo”¹²⁷.

O Autor realiza uma construção de congregação de termos, chamando o núcleo do tipo de “conduta culposa”¹²⁸.

Entendemos mais correto falar em conduta culposa, e isso porque a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana. E a conduta humana culposa, vale dizer, com as características da culpa, que causa dano a outrem, ensejando o dever de repará-lo.

Como é sabido, o ato ilícito é fonte das obrigações e tem seu nascedouro no direito privado. Inegável o fato de que a responsabilidade civil é desdobramento da obrigação consubstanciada no dever de indenizar o dano sofrido. Como vimos acima, a responsabilidade extracontratual nasce da violação do direito alheio independente da pré-existência de relação entre as partes.

¹²⁶ DINIZ, Maria Helena - **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. p. 885.

¹²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio - **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. p. 41.

¹²⁸ *Idem* – **op. cit.** p. 40.

Ocorre que a relação aqui estudada, qual seja, de responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, põe o requisito ilicitude num ambiente tortuoso, já que o que se busca entender é sua caracterização para fins da imposição do dever de indenizar, ou seja, como a ilicitude se amolda às regras como requisito caracterizador do erro judiciário capaz de gerar o dever de reparar o dano *per si* causado, de forma que será abordada a culpa em momento oportuno.

É inegável que a ação humana (comissiva ou omissiva), consciente e voluntária, é requisito ensejador do dever de indenizar. Entretanto, quando se está diante da prática do ato por agente estatal, imperiosa se faz a análise detida quanto à ilicitude.

Originariamente, a responsabilidade civil recai sobre o autor da conduta, sendo dele a obrigação de reparar os danos impostos como resultado de sua ação. Contudo, as dinâmicas sociais e legais trouxeram à luz da realidade fática a responsabilidade por fato de terceiro, a exemplo dos pais que respondem pelos filhos menores. O mesmo raciocínio se dá quando da responsabilidade civil do Estado, que responde por ato praticado por seus prepostos, nesta condição.

Conjugando, portanto, os dois conceitos, temos que o ato ilícito impõe o dever de indenizar. Ocorre que, como dito, estando o lesado diante de um ato praticado pelo Estado, é necessária a caracterização de ilicitude?

Claro é que na ocorrência de erro manifesto de direito está-se diante de ação humana ilícita (constitucional ou infraconstitucional), uma vez que, como dito, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade se observam de plano, sem que haja necessidade de aprofundada análise. Ou seja, o erro manifesto de direito possui caráter objetivo. O mesmo deve se observar quando da hipótese de erro grosseiro de fato, resguardada sua subjetividade.

Ora. O legislador buscou inserir na norma a hipótese de caracterização do dever de indenizar ainda que do Estado-juiz emane ato lícito (indenização pelo sacrifício, Lei nº 67/2007, artigo 16º), mas que, por inobservância das questões de fato, imponham desmedido ônus ao jurisdicionado, o que não se aplica às hipóteses de erro judiciário.

Por tal análise, pode-se afirmar que a ilicitude nem sempre é requisito necessário ao dever de indenizar. Particularmente quanto ao erro judiciário, o ato ilícito se impõe como pressuposto.

Em sede de erro manifesto de direito ou erro grosseiro de fato, está-se diante de clarividente ação humana (neste caso, ilícita) que resultou na imposição de dano (moral ou material) a terceiro, que não teria sido experimentado caso a decisão tivesse respeitado os pressupostos de fato ou de direito (nexo).

Na prática, desnecessário enfrentar a responsabilidade pessoal como pressuposto para o cometimento do erro, nem os aspectos relativos a culpa ou dolo, persistindo a ilicitude como requisito indispensável para a caracterização do erro judiciário.

No Brasil, tal construção é relegada à fraca doutrina e vasta jurisprudência sobre o tema, que se sedimenta, de forma equivocada, pela aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, o que impõe ao jurisdicionado o dever de provar culpa ou dolo do agente ainda que o ato jurisdicional emanado tenha sido ilícito. Vejamos¹²⁹:

RECURSO ESPECIAL Nº 1919064 - SC (2020/0245664-2) DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, III, a e c, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região, assim ementado (fls. 1.970): ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ERRO JUDICIÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE DOLO, FRAUDE OU CULPA GRAVE. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Pátrios é no sentido de a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais é subjetiva, e restringe-se às hipóteses em que se demonstre a ocorrência de dolo, fraude ou culpa grave, o que não é o caso dos autos (...). (STJ - REsp: 1919064 SC 2020/0245664-2, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Publicação: DJ 20/08/2021).

A decisão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil não deixa dúvidas quanto ao entendimento do judiciário nacional de que a responsabilidade civil do Estado por erro judiciário é do tipo subjetiva, ou seja, impõe a comprovação de dolo, fraude ou culpa grave.

Não é o que se observa na norma constitucional vigente, como dito em capítulos anteriores, uma vez que o texto constitucional não faz qualquer acepção entre os três poderes da República quando se refere à responsabilidade civil do Estado Brasileiro.

¹²⁹ Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1266978842/recurso-especial-resp-1919064-sc-2020-0245664-2/decisao-monocratica-1266978860>.

Desta forma, o elemento ilicitude se mostra quase irrelevante no direito do Brasil quando há configuração do dever de indenizar por ato emanado do Poder Judiciário, já que o ato, lícito ou ilícito, deve ser eivado de dolo, fraude ou culpa grave.

No direito processual vigente está prevista a responsabilidade do juiz quando da ocorrência do dolo, fraude ou culpa grave (esta elevada à equiparação de dolo pelos Tribunais nacionais), como se vê a seguir:

CPC

Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos 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.

Ocorre que o texto acima deve ser analisado a partir da norma constitucional que prevê a responsabilidade do Estado quando da atuação dolosa do juiz, cabendo a ele o direito de regresso contra o servidor público.

Para o que nos interessa neste ponto, é secundária a análise da ilicitude do ato para a caracterização do erro judiciário no Brasil, onde a busca pela conceituação do que seja o “erro judiciário” é ainda premente, fato que não mais ocorre em Portugal desde a edição de Lei nº 67/2007. Isto porque, até pouco tempo, assumiu-se no Brasil a teoria da total irresponsabilidade do Estado por atos emanados do Poder Judiciário.

É o que nos lembra Rui Stoco¹³⁰ ao citar o aclamado Autor brasileiro Hely Lopes Meireles:

O ato judicial típico, que é a sentença, não enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, salvo na hipótese única do art. 630 do CPP. Nos demais casos, as decisões judiciais, como atos de soberania interna do Estado, não propiciam qualquer ressarcimento por eventuais danos que acarretem às partes ou a terceiros. Esta doutrina é tradicional no direito pátrio (...) e está remansada na jurisprudência dos tribunais (...), em atenção à coisa julgada e à liberdade decisória dos magistrados, que não poderiam ficar à mercê de responsabilizações patrimoniais pela falibilidade humana dos julgamentos.

¹³⁰ Meireles *apud* STOCO, Rui - **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. p. 144.

Diferentemente do que dizia Meireles, Stoco defende o modelo de responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, conceituando-o como a condenação injusta, tanto na esfera cível como na penal.

Um tanto simplista, o Autor entende, ainda, que os critérios para aplicação da RCE por erro judiciário devem ser diferentes daqueles previstos quando da prática de ato por outro Poder da República. Para ele, a norma prevista no art. 5º, inciso LXXV, impõe requisitos diversos, consideradas as peculiaridades inerentes à função jurisdicional, o que pretendemos esgotar ao final deste estudo.

De toda sorte, ressalta-se que a posição do Autor é de que o erro judiciário se configura tanto na esfera cível quanto na criminal, uma vez injusta a decisão.

Alvarez Vianna afirma que “para que haja responsabilidade civil do Estado-Juiz é necessário, primeiramente, que haja a prática de ato jurisdicional e que ele tenha se manifestado como ato ilícito”¹³¹.

Assim é que o horizonte que se abre a partir da ideia de decisão “injusta” se assemelha ao que discute a doutrina portuguesa acerca do erro grosseiro previsto no RRCEE, oportunamente abordado adiante.

5.2 Dolo e Culpa

Outros requisitos que merecem atenção quando do estudo da RCE por erro judiciário são os que se referem aos conceitos de dolo e culpa, em especial à luz da legislação portuguesa.

Isto porque os postulados originários do tema nos ensinam que a responsabilidade civil nasce da conjugação fato, dano e nexa. Observar, portanto, o elemento volitivo acerca da conduta humana (ato ilícito) é imprescindível para que se jogue luz sobre o erro judiciário e seus desdobramentos.

¹³¹ VIANNA, José Ricardo Alvarez - **Erro judiciário e sua responsabilização civil**. p. 313.

Como dito acima, para além das hipóteses em que a atuação do magistrado possa se configurar crime (abordagem que não é objeto do presente estudo), se faz imperioso o estudo da culpa como elemento caracterizador do erro judiciário.

O ato (lícito ou ilícito) causador da lesão indenizável é obviamente aquele praticado por ser humano e de forma consciente. Acerca da consciência, pode-se fazer uma abordagem técnica-científica no universo médico-psicológico ou ainda no campo da metafísica-filosófica.

Óbvio que para o direito tais conceituações são importantes, mas não refletem a necessária ideia por trás da função jurídica.

A consciência da ação humana se estabelece num patamar de comportamento mediano, ou seja, de atitude certamente praticada por outro ser humano medianamente preparado e que se encontra na mesma situação.

É dizer: para o direito, a consciência se estabelece a partir do momento em que o autor do ato espera ou deveria esperar o resultado negativo de seu comportamento. A consciência é, portanto, elemento constitutivo do ato, de forma que não há voluntariedade se o ofensor não praticou o ato de forma consciente.

A análise da consciência, quando do estudo em tela, se revela fundamental ao que se apresenta em seguida, pois somente constatada a consciência da ação humana é que se pode cogitar de culpa ou dolo.

Para o civilista Silvio de Salvo Venosa, o ato ilícito deve originar-se da vontade, direta ou indiretamente, de gerar efeito jurídico patrimonial e de ser antijurídico. Segundo afirma, o “ato ilícito traduz-se em comportamento voluntário que transgride um dever”¹³².

Isto quer dizer que, no caso concreto, praticado o ato de forma inconsciente, não há que se falar em responsabilidade.

¹³² VENOSA, Silvio de Salvo - **Direito civil: responsabilidade civil**. p. 25.

Ocorre que seria inimaginável constatar a prática de um ato judicial sem que este ocorresse num nível mínimo de consciência no sentido acima descrito. Assim, assume-se o dogma de que todo ato praticado pelo juiz é consciente, o que autoriza a análise do dolo e da culpa.

O dolo, para fins acadêmicos, pode ser conceituado como a prática de um ato livre e consciente com o intuito de que seu resultado seja alcançado. No direito penal, diz-se crime doloso a conduta criminosa livre e consciente.

Para o direito civil e a responsabilidade civil, a conduta dolosa se afasta do conceito de crime e se aproxima da ideia de conduta humana livre e consciente que causa prejuízo a alguém. Não se busca a antijuridicidade da conduta, apenas o reflexo negativo no patrimônio material ou imaterial de outrem.

Assim, para a responsabilidade civil, a conduta dolosa (ainda que se amolde à figura tipificada pelo direito penal) é aquela que causa prejuízo a alguém exatamente com este intuito, ou seja, com a vontade do agente em provocar o resultado. Vejamos o que diz a jurisprudência a seguir¹³³:

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO JUDICIÁRIO. ALEGAÇÃO DE PRISÃO ILEGAL. ERRO JUDICIÁRIO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA DOS AGENTES PÚBLICOS. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. I - No caso em exame, pretende o autor da demanda, ora Apelante a condenação do Estado do Maranhão em danos morais em face de alegado erro judiciário em razão da prisão em flagrante dita como ilegal do Apelante Leonardo da Silva Serrate, (...) II - (...) A duas porque, o fato de sua prisão ter sido posteriormente revogada e Ministério Público não ofertado ação penal em desfavor do Apelante por falta de provas, não é suficiente para configurar o erro judiciário alegado, visto que é entendimento pacificado na jurisprudência que o erro judiciário passível de indenização pelo Estado é o oriundo de dolo, fraude ou culpa dos agentes responsáveis pela sua apuração, o que não ficou demonstrado no presente caso. III - A hipótese de erro judiciário reveste-se de nítido caráter de excepcionalidade, uma vez que, consoante nosso sistema, o magistrado é livre para decidir segundo sua convicção, desde que de forma motivada. No presente caso, a prisão preventiva do apelante foi devidamente autorizada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Timon/MA, mediante requerimento ministerial, tendo em vista que no momento não poderia desqualificar as declarações da vítima, as quais eram suficientes para atestar a validade do procedimento e subsidiar a aplicação de uma medida cautelar. IV - Apelo conhecido e desprovido. Unanimidade. (TJ-MA - AC: 00049413220158100060 MA 0116822019, Relator: RAIMUNDO JOSÉ BARROS DE SOUSA, Data de Julgamento: 15/07/2019, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/07/2019 00:00:00).

¹³³ Disponível em <https://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/736842388/apelacao-civel-ac-49413220158100060-ma-0116822019>.

Para o erro judiciário, é assumir que o juiz, ao atuar em nome do Estado, pratica ato danoso a outro com esta exata intenção e vontade. O elemento volitivo, portanto, precisa compor a conduta para que se configure o dolo.

Para o que aqui se propõe, concentraremos o estudo da culpa como pressuposto do dever de indenizar imposto ao Estado pela prática de erro judiciário.

A culpa é caracterizada pela ação negligente ou imprudente, sendo, nos termos da lei, graduada de acordo com critérios específicos entre grave, leve e levíssima.

Para o jurista Sérgio Cavalieri Filho, a culpa *stricto sensu* se conceitua como “a violação do dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível”¹³⁴. Para a lei penal brasileira, a culpa *stricto sensu* se traduz em negligência, imprudência e imperícia¹³⁵. Para a lei civil, noutro turno, esta se resume em negligência e imprudência¹³⁶.

A análise da culpabilidade é, na prática, a aferição da reprovação, ou seja, o juízo quanto à reprovação da conduta do autor do ato lesivo de quem se esperava conduta diversa. A culpa, em sentido amplo, é o indicador da subjetividade da conduta num aspecto subjetivo de comportamento humano. Cavalieri Filho leciona que a violação de um dever jurídico corresponde “a um ato interno de vontade que faça do agente a causa moral do resultado”¹³⁷

Nesta dimensão, a culpa em sentido amplo abrange não somente os conceitos de negligência e imprudência, como também o conceito de ação dolosa.

De todo modo, a culpa é, como visto, conceito que se diferencia do dolo no que concerne ao elemento anímico, volitivo. O agente que age com culpa não busca alcançar o resultado danoso, ilícito, contudo o provoca ainda assim, fazendo-o de forma negligente ou imprudente.

¹³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio - **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. p. 50.

¹³⁵ Art. 18, II, do Código Penal Brasileiro.

¹³⁶ Art. 168 do Código Civil Brasileiro.

¹³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio - **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. p. 47.

Pode-se afirmar que a culpa em sentido estrito é a “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário”¹³⁸. O mesmo Autor afirma que o referido conceito revela os três elementos da culpa, quais sejam: conduta voluntária com resultado involuntário, previsão ou previsibilidade e falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

Nas palavras do Autor¹³⁹:

Na culpa não há intenção, mas há vontade; não há conduta intencional, mas tencional. A vontade não se dirige a um fim determinado, como no dolo, mas se dirige à conduta. A conduta é voluntária; involuntário é o resultado. Em suma, enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito.

Além do elemento volitivo, está presente na culpa em sentido estrito o elemento previsibilidade. Por ele, entende-se que o agente, ao praticar o ato, tenha condições cognitivas de antever, prever o resultado alcançado. “Previsto é o resultado que foi representado, mentalmente antevisto. Nesse caso, teremos a culpa com previsão ou consciente, que se avizinha do dolo”¹⁴⁰.

Nascem aqui dois novos conceitos que impendem ser analisados, quais sejam, negligência e impudência. A análise acerca destes conceitos no panorama da responsabilidade civil do Estado por erro judiciário é imprescindível, já que a relação entre dolo, culpa e erro pode ser elucidativa em termos práticos.

A função jurisdicional, como já mencionado aqui, é vital à pacificação social e concretização da soberania estatal entre os jurisdicionados. “Dizer” o direito e aplicá-lo é o que esgota a função do Poder Judiciário. O cidadão, noutro turno, busca a proteção de seus interesses e garantias, de sorte que a eficiência, imparcialidade e assertividade são obrigações que permeiam a atuação jurisdicional.

¹³⁸ *Idem* – *op. cit.* p. 53.

¹³⁹ *Idem* – *op. cit.* p. 54.

¹⁴⁰ *Idem* – *op. cit.* p. 54-55.

Assim, pensar que o serviço prestado pelo Estado através do juiz pode estar eivado de vício que viola a esfera de direitos do particular é assumir que o Estado erra. De fato, a prática nos revela ser possível a prestação de um serviço público deficiente.

Impende, portanto, verificar os motivos pelos quais o serviço (prestação jurisdicional) pode ser considerado inadequado ao ponto de que se configure o erro judiciário capaz de ensejar o dever de indenizar.

Logo, o que se busca observar é a ocorrência de culpa (imprudência ou negligência) e o erro judiciário, assim considerado como prestação jurisdicional que lesa o patrimônio de outrem. Mais ainda: qual a participação da culpa para a caracterização do erro.

Para tanto, voltamos ao que lecionam as leis brasileira e portuguesa quanto ao tema, relembando que no Brasil, à luz do art. 143, I, do Código de Processo Civil e da legislação constitucional, o juiz responderá, civil e regressivamente, quando proceder com dolo ou fraude.

A leitura inicial do artigo nos revela que o legislador deixou de fora do texto processual a expressão “culpa” quando previu a responsabilidade do juiz em consequência de sua atuação danosa.

Assim, é de se concluir que, agindo com culpa o magistrado, afastada está a caracterização de ação que imponha a reparação ao lesado, ainda que experimentada a lesão e presente o nexos de causalidade entre ambos.

Mas os postulados da RCE apontam para o dever de indenizar quando o dano for imposto por agente público no exercício de sua função e quando este agir com dolo ou culpa. É o que diz a Constituição Federal brasileira. A responsabilidade civil dos agentes públicos pressupõe a caracterização de culpa, incluindo-se os juízes.

A culpa em sentido amplo, como dito acima, engloba em si o conceito de dolo. E sobre o dolo, no exercício da função pública, assevera o Autor Carvalho Filho¹⁴¹ que “há hipóteses, embora não muito comuns, em que o juiz pratica ato jurisdicional com o intuito deliberado de

¹⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. p. 732.

causar prejuízo à parte ou a terceiro. No caso, a conduta é dolosa e revela, sem dúvida, violação a dever funcional, como estatuído na Lei Orgânica da Magistratura”.

Considerando o que diz a carta constitucional a culpa seria irrelevante, posto que a responsabilidade civil objetiva desconsidera tal variável. Uma vez estendendo-se ao Poder Judiciário a dileção do art. 37, §6º, da CF/88, não importa, no caso concreto, o elemento volitivo com o qual agiu o juiz.

Ocorre que, como dito acima, a jurisprudência nacional aplica erroneamente a teoria da responsabilidade subjetiva diante do dano imposto por ato oriundo do Poder Judiciário¹⁴².

Em Portugal, contudo, o tema impõe análise mais detida, já que a Lei nº 67/2007 reconhece, para além do dever de indenizar como consequência da má administração da justiça (artigo 12º), os casos relativos ao erro judiciário, assim traduzidos como erro manifesto de direito e erro grosseiro de fato.

Tal conceito se apresenta como vocábulo jurídico aberto, subjetivo, que não aponta, em si, seu significado. Tal imprecisão resulta na dificuldade de determinação de seus limites, obrigando a doutrina a estabelecer sua interpretação e aplicação prática.

O Brasil editou norma no ano de 2018¹⁴³ que reconhece o erro grosseiro, esquecendo o legislador, contudo, de conceituá-lo. Percebendo tal falha, foi editada Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020, conceituando o vocábulo, ainda que de forma pouco didática, para dizer que “Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”

De acordo com o Supremo Tribunal de Justiça português, “erro grosseiro é o erro “crasso, palmar, indiscutível”, aquele que torna uma “decisão claramente arbitrária, assente em conclusões absurdas, demonstrativas de uma actividade dolosa ou gravemente negligente” (Acórdão do STJ, 15/02/2007, proc. 06B4564).

¹⁴² Recurso Extraordinário n. 70.121-MG, julgado em 13/10/1971, relator para o acórdão Min. Djaci Falcão.

¹⁴³ Lei nº 13.655, de 25.4.2018, que acrescentou dispositivos ao Decreto-lei nº 4.657/1942 – a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Deste modo, podemos considerar o erro grosseiro como sendo aquele cometido de forma dissonante ao que medianamente se espera. Pode-se dizer “erro flagrante”. Algo que salte aos olhos de quem observa, o que pode ocorrer de forma dolosa ou culposa. Com tal conclusão, vê-se que a culpa é conceito inerente ao tipo “erro grosseiro”, já que a negligência na prática do ato traduz-se em erro.

Ou seja, pode-se dizer que o agir culposo do magistrado representa requisito material do dever de indenizar com base nos pressupostos da RCE. Quanto a isto, o legislador português fez questão de frisar o direito de regresso do Estado em desfavor do magistrado quando da ocorrência de “dolo ou culpa grave”, numa clara intenção de graduação da culpa. Assim, conclui-se que, para que o jurisdicionado possa invocar o direito à indenização por erro judiciário, este deve ser cometido com culpa, ainda que leve ou moderada, nascendo ao Estado o direito de regresso nos casos graves ou com o cometimento de dolo.

5.3 Dano

Quanto ao dano, observa-se ser o requisito mais facilmente elucidado quando da análise da responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, uma vez que a legislação vigente é clara em determinar sua existência, afastando o chamado “dano hipotético”. Entretanto, faz-se necessário observar o debate acerca da sua graduação e a forma como os Tribunais o abordam.

Além disto, o dano se revela requisito material do dever de indenizar. Somado à culpa e ao nexos de causalidade, pode-se afirmar que o dano repousa no conceito do instituto responsabilidade civil e, experimentado como consequência do erro judiciário, completa os requisitos necessários, conforme aqui estudado.

É inegável que não subsiste responsabilidade sem a constatação de dano. O que o instituto busca é o restabelecimento do *status quo ante* em seu estado original, o que, por vezes, não é possível. Assim, a responsabilidade civil tem como objetivo a transferência do prejuízo ao seu causador ou à pessoa por ele responsável.

No direito português, o RRCEE, artigo 2º, conceitua duas espécies específicas de danos, quais sejam, os danos especiais e os danos anormais.

Por danos especiais, podemos entender que são aqueles impostos sobre pessoa ou grupo determinado, de forma que não são experimentados genericamente pela sociedade. Já o conceito de danos anormais se traduz como aquele que, ultrapassando os aborrecimentos próprios da vida em sociedade, tenha gravidade suficiente para invocar a tutela do direito.

No direito brasileiro, não se constata normativo dedicado à conceituação do dano, de forma que a doutrina traduz seu conceito utilizando a noção de prejuízo.

Sérgio Cavalieri Filho leciona que “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”.¹⁴⁴

Tal afirmação revela a importância da caracterização do dano para o instituto da responsabilidade civil. A ausência, contudo, de conceito legal, faz com que doutrina e jurisprudência adotem conceituação aberta sobre o dano, de forma que se apegam aos seus efeitos para traduzir o significado¹⁴⁵:

Doutrina e jurisprudência partem de uma noção aberta, de um conceito amplíssimo ao definirem o dano pelos seus efeitos ou consequências. Dizer que dano é prejuízo ou, no caso do dano moral, que é dor, vexame, sofrimento e humilhação significa conceituar o dano pelas suas consequências. Sem assentamento de premissas corretas, um ponto de partida firme, doutrina e jurisprudência não terão limites na criação de novos danos.

Na prática, o dano nada mais é que a mácula a um bem jurídico do lesado, de forma que se traduz em dois aspectos da vida cotidiana: o patrimonial ou material e o extrapatrimonial ou moral.

O aspecto patrimonial do dano se revela pela diminuição de um bem jurídico economicamente aproveitável. Tal observação tem sua raiz no direito privado e nas regras relativas à propriedade, não se limitando, contudo, aos bens corpóreos, de sorte que atingem também os direitos da pessoa prejudicada.

¹⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio - **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. p. 102.

¹⁴⁵ *Idem* - **op. cit.** p. 103.

O estudo aprofundado do dano material revela sua classificação em dois aspectos distintos, sendo eles o dano emergente e o lucro cessante, num corte claramente temporal da diminuição patrimonial experimentada pelo prejudicado.

Assim, observa-se não só a diminuição patrimonial da vítima como também o impedimento ao seu aumento. De forma didática, quer isto dizer que o dano patrimonial se revela naquilo que a vítima perdeu e que também eventualmente deixou de ganhar.

Em ambos os casos, a configuração do dano patrimonial se faz por meio de prova irrefutável, especialmente por meios documentais. Uma vez que tal tipo de dano é suscetível de avaliação pecuniária, o dever imposto ao lesante se estabelece no limite do prejuízo provadamente suportado pelo lesado.

Em seu aspecto moral, o dano se traduz no atingimento da personalidade do lesado, de sorte que se consubstancia em verdadeira violação da personalidade, como direito ao bom nome e a reputação, a imagem e a honra. Neste sentido¹⁴⁶:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ASSENTAMENTO IRREGULAR PELO ESTADO EM TERRAS INDÍGENAS. MANIFESTAÇÕES VIOLENTAS EXERCIDAS PELA COMUNIDADE INDÍGENA LOCAL. INSEGURANÇA CAUSADA PELO ATO DA ADMINISTRAÇÃO. OMISSÃO DO ESTADO. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. PRESCRIÇÃO AFASTADA. I – (...) II - DANO MORAL. O Estado responde pelo dano moral experimentado pelo autor, em razão de conflito com a comunidade indígena, notória insegurança criada pela situação, além do absoluto desamparo do Estado e final desapossamento da terra adquirida junto ao Poder Público. O Estado, responsável pelo assentamento, deve fornecer segurança e proteção aos agricultores, o que não ocorreu no caso. Precedentes jurisprudenciais. III – (...) APELO PROVIDO EM PARTE. (TJ-RS - AC: 70029634508 RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Data de Julgamento: 06/05/2010, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: 21/05/2010).

No que tange à responsabilidade civil do Estado, o legislador português reconhece a classificação de dano acima citada, conforme se observa no artigo 3º, nº 3, da Lei nº 67/2007.

O Código Civil português também reconhece a abrangência do dano entre os aspectos patrimonial e extrapatrimonial do lesado (vd. art.s 562º e 566º, nº s 1 e 2).

¹⁴⁶ Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/910477323/apelacao-civel-ac-70029634508-rs/inteiro-teor-910477331>.

Vide decisão do Supremo Tribunal Administrativo¹⁴⁷:

0279/14 - Data do Acórdão: 09/10/2014

Tribunal: 1 SECÇÃO

Relator: COSTA REIS

Descritores: ACCÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL HOSPITAL - PROVA - ILICITUDE - CULPA - OBRIGAÇÃO DE INDEMNIZAÇÃO

Sumário:

I – A alteração do julgamento da matéria de facto é, por via de regra, excepcional e só pode ocorrer nas circunstâncias tipificadas no art.º.662.º do CPC.

II - As *leges artis*, quando não escritas, são métodos e procedimentos, comprovados pela ciência médica, que dão corpo a standards contextualizados de actuação, aplicáveis aos diferentes casos clínicos, por serem considerados pela comunidade científica, como os mais adequados e eficazes.

III – O juízo de culpa pressupõe a existência de um comportamento padrão a observar em determinadas circunstâncias sobre o qual se há-de aferir a conduta do agente traduzindo-se esse juízo numa censura à desconformidade entre aquele comportamento que o agente podia e devia ter tido e aquilo que efectivamente realizou.

IV – Por ser assim, age com culpa, violando o dever objectivo de cuidado, o médico cujo procedimento clínico fica aquém do standard técnico/científico da actuação exigível ao profissional médio, nas circunstâncias do caso concreto.

V – A obrigação de indemnizar importa a reparação de todos os danos sofridos e a reconstituição, na medida do possível, da situação que existiria se o evento que os provocou não tivesse tido lugar e que não sendo possível a reconstituição *in natura* ou, sendo-o, seja excessivamente onerosa para o devedor, será fixada em dinheiro tendo “*como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo Tribunal, e a que existiria nessa data se não existissem danos.*” (vd. art.s 562.º e 566.º, n.ºs 1 e 2, do CC).

VI - Podendo essa indemnização ser fixada com recurso a juízos de equidade quando o seu cálculo não puder ser feito de forma diferente, dentro dos limites do que se tiver por provado (art.º 566.º/3 do CC), tendo-se em conta o grau de culpabilidade do agente, a situação económica do lesado e as demais circunstâncias do caso.

Na lei brasileira, o reconhecimento dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais está insculpido tanto na Constituição Federal (art. 5º, V e X) como também no Código Civil, art. 186, e na legislação extravagante.

147

Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/683aef3e81f7522480257d70004aee6f?OpenDocument&Highlight=0,responsabilidade,civil,extrac contractual,Estado.>

Em matéria de responsabilidade civil do Estado, os danos se comportam como em qualquer outro caso. A diferença quanto à sua origem (contratual ou extracontratual, pública ou privada) não revela substancial diferença prática.

O que se busca em qualquer caso é a certeza de sua ocorrência. Como dito acima, os normativos vigentes e as interpretações da doutrina e dos Tribunais no Brasil e em Portugal afastam a possibilidade de configuração do dever de indenizar danos hipotéticos ou os considerados “não danos”.

Deste modo, a não configuração de dano no caso concreto, como dito, desconstitui a responsabilidade civil, de sorte que tal requisito se mostra dos mais importantes quanto ao tema. Conforme veremos no tópico seguinte, o vínculo entre o ato lesivo e o dano é primordial à observância do dever de indenizar.

5.4 Nexo

Pressuposto vital à teoria da responsabilidade civil, o nexa causal é o elo que vincula o ato danoso ao resultado experimentado pelo lesado. Seu estudo impõe detida análise, uma vez que sua ausência representa a exclusão do dever de indenizar no caso concreto.

Como dito acima, a ausência de nexa culmina na ausência de responsabilidade.

É pela análise do nexa que se constata o agente causador do dano, impondo-se o dever de indenizar a este ou a quem por ele responda. No entendimento de Silvio de Salvo Venosa, “a responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexa causal”¹⁴⁸.

No ordenamento jurídico brasileiro, o nexa causal encontra reflexo tanto na esfera penal como na esfera cível. Para o Direito Penal, a busca pelo ato antecedente sem o qual não seria experimentado o resultado (vide artigo 13 do Código Penal Brasileiro) não encontra limites em escala temporal. Assim, os teóricos da responsabilidade civil entendem ser inadequada a utilização da teoria da equivalência fora do âmbito penal, uma vez que, por tal teoria, todos os

¹⁴⁸ VENOSA, Silvio de Salvo - **Direito civil: responsabilidade civil**. p. 56.

atos anteriores ao momento em que se experimenta o resultado danoso poderiam ser considerados condições sem as quais o resultado não seria alcançado.

Desta forma, o direito civil brasileiro sedimentou-se sobre a teoria da causalidade adequada, traduzida em poucas palavras como aquela que considera apenas o antecedente abstratamente idôneo à proteção do efeito danoso (art. 403 do Código Civil Brasileiro). Assim, apenas interessa para o estudo do tema o antecedente imediatamente necessário e adequado ao resultado “dano”.

Venosa, contudo, tece severa crítica à utilização de tal teoria ao afirmar que, no caso concreto, certos antecedentes devem ser desconsiderados, de forma que, segundo o Autor, cabe ao juiz a análise das probabilidades¹⁴⁹.

Sobre o tema, observa Cavalieri Filho¹⁵⁰:

Os nossos melhores autores, a começar por Aguiar Dias, sustentam que, enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. [...] A expressão legal “efeito direto e imediato” indica liame de necessidade e não de simples proximidade; não se refere à causa cronologicamente mais ligada ao evento, temporalmente mais próxima, mas sim àquela que foi a mais adequada, a mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas.

No direito português, dentre as várias teorias existentes, utiliza-se de forma mais consensual a teoria da causalidade adequada que, segundo Guilherme da Fonseca e Miguel Bettencourt da Câmara, “parte de um facto que, a não ter acontecido, conduziria à inexistência do dano, mas pergunta ainda se esse facto era apto, adequado, segundo o curso normal das coisas, a produzir aquele dano”¹⁵¹.

O artigo 563º do Código Civil português determina a obrigação de indenizar os “danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”, ou seja, se o fato lesivo não tivesse ocorrido.

¹⁴⁹ *Idem – op. cit.* p. 57.

¹⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio - **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. p. 69-70.

¹⁵¹ DA CÂMARA, Miguel Bettencourt; DA FONSECA, Guilherme – **A Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos – Responsabilidade do Legislador, do “Juiz” e da Administração Pública. A Acção contra o Estado**. p. 21.

Grande parte da doutrina portuguesa entende que tal teoria prevalece no ordenamento jurídico nacional, o que repercute predominantemente na jurisprudência. Vejamos¹⁵²:

Estado - Obrigação de indemnizar - Nexo de causalidade - Matéria de facto

I - A obrigação de indemnizar, por parte do Estado, relacionada com os atrasos injustificados na administração da justiça, só o poderá ser no respeitante aos danos que tenham com esse ilícito, consubstanciado na morosidade do processo, uma relação de causalidade adequada.

II - O estabelecimento do nexo causal entre o facto ilícito e o dano, por constituir questão de facto, não pode ser objecto do recurso de revista pois a tal obsta o disposto no n.º 2 do art.º 722, do CC. 17-02-2000 - Revista n.º 1207/99 - 2.ª Secção - Duarte Soares (Relator), Simões Freire e Roger Lopes.

Para o tema aqui estudado, importante observar a conexão ou nexos entre o erro judiciário e o dano experimentado pelo jurisdicionado. Na prática, o que se busca observar é a necessidade, ou não, da existência de nexos entre o ato danoso proveniente da atuação jurisdicional do Estado e o dano eventualmente experimentado pelo lesado.

A análise do nexos causal a partir do estudo do erro judiciário remete ao fato de que a relação estabelecida entre o Estado e o jurisdicionado se concretiza através do processo. Assim, vale dizer que, numa apreciação superficial, o erro judiciário somente pode atingir as partes alcançadas por tal decisão.

Contudo, na prática, é possível observar o alcance da decisão judicial para além das fronteiras do processo, como, por exemplo, nos casos de erro material envolvendo um terceiro¹⁵³.

¹⁵² Disponível em <https://1library.org/article/responsabilidade-civil-por-danos-decorrentes-exerc%C3%ADcio-fun%C3%A7%C3%A3o-jurisdicional.q069j79q>.

¹⁵³ “APELAÇÃO CÍVEL. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO JUDICIÁRIO. PENHORA ONLINE (BACENJUD) EM PROCESSO DO QUAL O AUTOR FORA EXCLUÍDO DO PÓLO PASSIVO. ERRO JUDICIÁRIO CARACTERIZADO. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.960/09. CUSTAS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO JUDICIÁRIO** – A Constituição da República estabelece duas hipóteses de responsabilização do Estado quanto a atos do judiciário: uma geral, relativa a todos os atos administrativos, referida pelo artigo 37, § 6º; e outra específica aos atos judiciais, prevista no inciso LXXV do artigo 5º. A responsabilidade do Estado por ato judicial típico é aquela prevista no inciso LXXV do artigo 5º da CF, limitando-se às hipóteses de comprovação de erros judiciais. O entendimento jurisprudencial dominante nesta Corte aponta no sentido de que a responsabilidade do Estado decorrente de atos judiciais típicos somente se configura diante da comprovação de dolo, culpa ou erro grosseiro na atuação do julgador. Caso em que está devidamente comprovado nos autos que a conduta perpetrada por agente estatal que determinou a realização da restrição, constitui erro grosseiro na prestação jurisdicional, uma vez que o autor já havia sido excluído do pólo passivo da ação ajuizada no JEC da Comarca de Novo Hamburgo. Inequívoco, pois, o nexos de causalidade entre a conduta praticada pelo agente

Neste caso abaixo ementado, nota-se que o erro judiciário consubstanciado no erro grosseiro alcançou pessoa já excluída da lide, de forma que, ainda que mesmo não compondo a relação processual, foi alcançada pelas consequências danosas do ato estatal.

Deste modo, excetuando-se os casos em que se configura a responsabilidade civil do Estado com base na teoria do risco integral (função administrativa), não se vislumbra a ocorrência do dever de indenizar por erro judiciário sem que se constate nexos causal entre o ato e o dano. Segue:

Ac. STJ de 21-10-2008: Responsabilidade civil do Estado - Função jurisdicional - Erro grosseiro - Apoio judiciário

I. Há responsabilidade extracontratual do Estado por factos ilícitos desde que concorram todos os tradicionais pressupostos deste tipo de responsabilidade: o facto ilícito, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

II. Não estamos perante um erro grosseiro cometido pelo julgador se o tribunal, perante a decisão da Segurança Social indeferindo o pedido de apoio judiciário, interpretou como impugnação judicial dessa decisão o requerimento apresentado por advogado constituído pelo requerente do apoio, ora Autor, em que este, atacando a decisão em causa, alega não terem sido indevidamente consideradas certas despesas e acaba por pedir que se defira o pagamento das taxas de justiça da acção para que foi solicitado o apoio judiciário para final, nos termos do art.15.º, al. b), da Lei n.º 30-E/2000, de 20-12 (diploma então em vigor).

21-10-2008 - Revista n.º 2934/08 - 1.ª Secção - Moreira Camilo (Relator), Urbano Dias e Paulo Sá in A Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes do Exercício da Função Jurisdicional - Jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça (1996 a Outubro de 2014)¹⁵⁴.

O Supremo Tribunal de Justiça português entende que o nexo de causalidade entre o fato e o dano é imprescindível à aplicação do normativo contido no artigo 13º, da Lei nº 67/2007.

público e os danos extrapatrimoniais decorrentes de ordem de penhora online de valores em conta bancária cujo titular já não integrava mais a lide, por força de decisão judicial. Hipótese em que resta configurada a hipótese de erro judiciário através da prática de erro grosseiro. - DANOS EXTRAPATRIMONIAIS -A configuração do dano extrapatrimonial, na hipótese, é evidente e inerente à própria ofensa; ou seja, trata-se de dano in re ipsa, que dispensa prova acerca da sua efetiva ocorrência.- QUANTUM INDENIZATÓRIO -A indenização por danos extrapatrimoniais deve ser suficiente para atenuar as conseqüências das ofensas aos bens jurídicos tutelados, não significando, por outro lado, um enriquecimento sem causa, bem como deve ter o efeito de punir o responsável de forma a dissuadi-lo da prática de nova conduta. Quantum indenizatório mantido, considerando-se as peculiaridades do caso e os precedentes jurisprudenciais desta Corte.- CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA – (...). APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-RS - AC: 70045279528 RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Data de Julgamento: 30/05/2012, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: 05/06/2012)”. Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/906033091/apelacao-civel-ac-70045279528-rs>.

¹⁵⁴

Disponível em <https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2018/01/responsabilidadecivilextracontratualdoestado1996-2014.pdf>.

Desta forma, pode-se concluir que a responsabilidade civil por erro judiciário impõe a conexão entre o fato e o dano, sob a ótica da teoria da causalidade, tanto no direito brasileiro como no direito português.

6. O erro judiciário e a problemática processual

Conforme abordado até aqui, a responsabilidade civil do Estado pelo cometimento de erro judiciário é tema relevante no contexto social moderno tanto no Brasil como em Portugal. No universo jurídico atualmente experimentado, orbita a preocupação quanto à efetividade dos direitos positivados, de sorte que a concretização das garantias legalmente previstas se revela em alguns casos mais importante que a norma material propriamente dita.

Quanto ao tema aqui proposto, importante a análise mais aprofundada dos dispositivos garantidores do exercício do direito à busca pela indenização quando da ocorrência da responsabilidade civil por erro judiciário.

No direito brasileiro, o dever de indenizar imposto ao Estado, quando da condenação penal “errada”, está previsto desde o Código Penal de 1890. Por ele, o Estado era obrigado a indenizar o réu condenado criminalmente desde que ele fosse reabilitado, entendendo-se por reabilitação a revisão da sentença que resultasse em sua declaração de inocente. O atual Código de Processo Penal brasileiro prevê a indenização por dano decorrente de erro judiciário no âmbito penal.

Ao analisar o já citado art. 5º, LXXV, da CF/88, temos que a indenização ali prevista estabelece o dever de reparação por erro judiciário inequivocamente entendido como a sentença penal condenatória injusta. Assim, não resta dúvida quanto a aplicação do instituto uma vez observada a condenação penal eivada de erro.

No direito civil, contudo, a discussão repousa sobre a configuração de “erro judiciário” quando da prolação de uma decisão não penal ou não criminal. É certo que a Constituição Federal, ao garantir o direito de indenização por “erro judiciário”, não faz qualquer acepção quanto à sua configuração dentre os ramos do direito, assegurando tão somente o direito à indenização ao condenado por erro judiciário. Assim, como já mencionado acima, entende-se que a indenização por erro judiciário se aplica de forma horizontal.

Feitas tais observações, nota-se que, na norma posta, o exercício do direito à indenização por erro judiciário impõe sentença (via ação rescisória) que reconheça o erro ocasionado por decisão na esfera cível.

Tal realidade revela um aspecto limitador do amplo direito à indenização. Isto porque a imposição de sentença que reconheça o erro praticado em outra sentença é ônus que afasta o lesado do exercício do direito.

Conforme já abordado acima, a simples divergência quanto a aplicação e interpretação da norma não é capaz de ensejar a ocorrência de erro judiciário, razão pela qual o reconhecimento do erro através de outra decisão judicial parece lógico, especialmente nos casos em que a decisão tenha transitado em julgado.

A análise dos julgados lançados acima revela, contudo, a dificuldade de que um órgão do Poder Judiciário reconheça um erro cometido por outro julgador. Seja por ação rescisória nos casos de decisão já transitada em julgado, seja via recurso nos casos de ações ainda pendentes de decisão terminativa, fato é que, na prática processual brasileira, a ação de indenização com base nos postulados da responsabilidade civil por erro judiciário se apresenta demasiadamente burocrática, privando o jurisdicionado do exercício do direito constitucionalmente garantido.

Em Portugal, até a aprovação da Lei nº 117/2019, o problema residia na dilação do artigo 13º, nº 2, que impõe “prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente” como pressuposto do pedido de indenização. Isto porque não eram raros os casos em que, por falta de ferramenta recursal, decisões erradas eram atingidas pela coisa julgada. Desta forma, o risco que se corria residia numa decisão injusta que acabasse por se cristalizar como uma decisão justa, de forma que seria impossível o exercício do direito de reparação por erro judiciário.

O fato suscitava o debate quanto a constitucionalidade do pressuposto contido no artigo 13º, nº 2. Mesmo antes da alteração que incluiu a alínea “h” no artigo 696º, parte da doutrina sustentava a inteligência quanto à exigência da prévia revogação, em especial para os casos de decisão transitada em julgado. Tal corrente entendia, como ainda entende, que uma decisão

definitiva não pode ser reapreciada por outro Tribunal, sob pena de quebra do postulado do trânsito em julgado e da quebra do Princípio da Hierarquia entre os Tribunais¹⁵⁵.

Guilherme da Fonseca¹⁵⁶ afirmava, até a modificação do Código de Processo Civil português, que correto seria exigir-se como pressuposto a observância da probabilidade da existência de um erro judiciário, de forma que caberia ao julgador a análise da plausibilidade num critério subjetivo como forma de aceitação do processo. Tal entendimento, contudo, não parecia reverberar na doutrina dominante.

Considerando, portanto, o aspecto de inconstitucionalidade contido no RRCEE, a doutrina portuguesa suscitava a supressão da exigência contida no artigo 13º, nº 2, sob o argumento de que sua manutenção representava afronta ao postulado contido no artigo 22º da CRP.

Ao enfrentar a controvérsia, o Supremo Tribunal de Justiça português pacificou o entendimento de que a imposição da prévia revogação não representava inconstitucionalidade¹⁵⁷. Para a Corte, o requisito contido no artigo 13º, nº 2, da Lei nº 67/2007, impedia a atuação de um Tribunal hierarquicamente inferior sobre um superior e a possibilidade de revisão de uma decisão que não por via recursal.

O fato é que, como veremos no capítulo seguinte, a discussão quanto a constitucionalidade do referido artigo alcançou o Tribunal de Justiça da União Europeia, que entendeu pela não aplicação do requisito contido no artigo 13º, nº 2, quando suscitada prática de erro judiciário que viole direito comunitário. Assim, passou a vigor em Portugal regime jurídico processual duplo, consubstanciado na 1. validade do requisito contido no artigo 13º, nº 2, quando vindicado direito português e 2. dispensa da prévia revogação da decisão viciada quando vindicado direito comum europeu.

¹⁵⁵ COELHO, Carla Góis - **A responsabilidade extracontratual do Estado por erro judiciário: anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 363/2015**. p. 33-34.

¹⁵⁶ DA CÂMARA, Miguel Bettencourt; DA FONSECA, Guilherme – **A Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos – Responsabilidade do Legislador, do “Juiz” e da Administração Pública. A Acção contra o Estado**. p. 52.

¹⁵⁷ Acórdão STJ 1668/12.0TVLSB.L1.S1 - Nº Convencional: 7ª SECÇÃO - Relator: Fernanda Isabel Pereira – Data do julgamento: 23/10/2014 (disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/B8E55B07DCAC24B080257D7A005477C6>); Acórdão STJ nº 363/2015, publicado no Diário da República n.º 186/2015, II série, de 23/09/2015 (disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao/363-2015-70361319>).

Tal controvérsia acirrou as críticas quanto a suscitada inconstitucionalidade do artigo 13º, nº 2. Como forma de resolver o impasse, o legislador português optou pela alteração, como dito, da lei processual em detrimento da iniciativa de revogar a previsão contida no RRCEE, prestigiando os pressupostos nele previstos.

Com a edição da Lei nº 117/2019, de 13/09/2019, restou resolvida a controvérsia ao admitir-se a utilização do recurso de revisão como forma de garantir ao lesado ferramenta apta a suscitar o erro judiciário, ainda que a decisão considerada viciada e capaz de originar responsabilidade civil do Estado por danos emergentes do exercício da função jurisdicional tenha transitado em julgado, conforme resta ementado na alínea h, do art. 696º, do Código de Processo Civil Português¹⁵⁸.

Com isto, afastaram-se os argumentos doutrinários que questionavam a possibilidade de perpetuação de decisão injusta causadora de dano. Assim, o sistema jurídico hoje vigente comporta, para além dos recursos ordinários, ferramenta especial consubstanciada no recurso de revisão.

As cortes portuguesas entendem que o sistema ora vigente prestigia o postulado previsto no artigo 22º da CRP. Os julgados dos Tribunais das Relações pacificaram entendimento de que a regra prevista no nº 2, do artigo 13º, não afronta os princípios constitucionais vigentes na Constituição, mas, ao contrário, reafirma o princípio da responsabilidade civil do Estado.

O Tribunal das Relações de Lisboa, em recente julgado¹⁵⁹, reafirmou a jurisprudência dominante que reconhece a constitucionalidade do artigo 13º, nº 2, sob o argumento de que “a

¹⁵⁸ Carla Góis Coelho ressalta que a edição da Lei nº 117/2019 teve como intuito “pôr fim à duplicidade de tratamento jurisprudencial adoptado quanto a subsunção de tal requisito consoante esteja em causa um erro judiciário fundado em violação manifesta de direito nacional ou de direito da União Europeia e, assim, assegurar o conteúdo útil da consagração, no artigo 22º da Constituição da República Portuguesa, do Princípio da Responsabilidade Civil do Estado e das demais entidades públicas por actos e omissões praticados no exercício das suas funções e, bem assim, da concreta previsão de responsabilidade civil por erro judiciário incluída na Lei nº 67/2007. (COELHO, Carla Góis - **O regime jurídico e processual do erro judiciário revisto pela Lei nº 117/2019, de 13 de setembro: primeiras reflexões**. p. 95).

¹⁵⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de outubro de 2021, processo 2103/19.9T8LRS-7. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ec51112214ca991280258783004558d2?OpenDocument>.

natureza da função jurisdicional e o modo como o respetivo exercício se encontra estruturado (o sistema de recursos e a hierarquia dos tribunais) justificam tal limitação...”.

O que o órgão judicial ressalta é que a disponibilização de sistema recursal próprio e amplo garante ao jurisdicionado a possibilidade de revisão da decisão supostamente eivada de erro judiciário. Além disso, o sistema de revisão das decisões resultante da construção hierárquica das cortes reafirma a impossibilidade de que uma decisão definitiva não deve ser desconsiderada por outra decisão judicial, a não ser que respeite o sistema de hierarquia.

Como pode se inferir no julgado acima citado, a jurisprudência afasta a prevalência de uma segunda decisão sobre a primeira, de sorte a se prestigiar o Princípio da Segurança Jurídica.

Conforme explanado no capítulo 7 deste trabalho, o sistema processual português sofreu substancial alteração como consequência do debate acerca da constitucionalidade/legalidade do artigo 13º, nº 2, o que culminou com a ampliação das hipóteses de cabimento do recurso de revisão, nos termos acima expostos.

Sobre o debate relativo à constitucionalidade do nº 2, do artigo 13º, temos que, sob a ótica dos Tribunais, a restrição imposta pela referida norma “não elimina o direito à indenização por erro judiciário, limitando-se a acomodar no regime respetivo às exigências correspondentes à estrutura e ao modo de funcionamento do sistema judiciário constitucionalmente consagrado”¹⁶⁰.

Enfrentando a matéria, o Tribunal das Relações de Coimbra ressaltou o entendimento de que o suscitado erro deve ser demonstrado no próprio processo em que supostamente foi cometido “através dos meios de impugnação que forem aí admissíveis”. O julgado¹⁶¹ releva que a necessidade de prévia revogação da decisão danosa “só se compadece com a via processual adequada para o efeito: o recurso”.

¹⁶⁰ *Idem – Ibidem.*

¹⁶¹ Acórdão do Tribunal das Relações de Coimbra, de 28 de maio de 2019, processo 2771/18.9T8LRA.C1. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/339952bde7102acd802584230035d147?OpenDocument>.

O referido entendimento prestigia o sistema recursal como forma de correção de decisões judiciais, em especial quando se suscita erro judiciário. O que se verifica é o afastamento da utilização do próprio instituto da responsabilidade civil do Estado como ferramenta para o questionamento sobre a ocorrência, ou não, do erro, de forma que se impossibilita a análise direta do erro judiciário na ação que busca o ressarcimento por danos *per si* causados. Por razões óbvias, a decisão que altera a sentença acometida de erro deve ser definitiva e oriunda de tribunal hierarquicamente superior dentro do mesmo sistema de justiça, de sorte que, sob tal ótica, revelar-se-ia imprópria a utilização da ação de indenização como meio de impugnação da decisão viciada, bem como a prolação de decisão revogatória por instância judicial alheia àquela própria do juízo que prolatou a decisão combatida.

Em seu voto, o relator Antônio Carvalho Martins ressaltou que “o que se compagina com a natureza da função judicial, com a organização hierárquica dos tribunais constitucionalmente consagrada (artigo 210º da Constituição) e, bem assim, com o instituto do caso julgado, o qual, por razões de segurança e certeza jurídica, confere força definitiva à decisão transitada em julgado, tornando-a vinculativa na ordem jurídica”.

O julgador destaca que a apreciação do objeto da ação indenizatória não abrange a origem do ato danoso, qual seja, a decisão considerada lesiva e eventualmente transitada em julgado. Esta, a contrário senso, carece de revogação dentro do próprio sistema recursal, como dito acima.

Desta forma, a revogação da decisão à qual se imputa erro judiciário se revela verdadeira condição da ação de indenização, ultrapassando o caráter de mero pressuposto processual, uma vez que ausente a prova da prévia revogação não se tem constatada a ilicitude.

Ainda no mesmo contexto, temos que o trânsito em julgado da decisão, seja porque é irrecurável, seja porque, em grau de recurso, foi mantida, afasta a ocorrência do erro judiciário, que se consubstancia, como dito anteriormente, em erro de direito (decisão inconstitucional ou ilegal) ou erro de fato (erro grosseiro na análise dos pressupostos de fato), especialmente reconhecidos pelo próprio Poder Judiciário.

No voto do relator Luis Filipe Pires de Sousa no processo 2103/19.9T8LRS-7, verifica-se que o julgador ressaltou a necessidade de “reexercício da função jurisdicional relativamente à mesma questão de direito ou de fato”. Isto quer dizer que, sob a ótica da jurisprudência dominante, “uma primeira decisão judicial é considerada *errada* por um ato jurisdicional subsequente”, ou seja, o erro de um *decisum* só pode ser assim considerado por outra decisão que, de acordo com o artigo 13º, nº 1, caracteriza erro judiciário quando manifestamente inconstitucional ou ilegal ou injustificado por erro grosseiro.

O Tribunal da Relação do Porto, no mesmo sentido dos demais julgados acima referidos, deixou claro o entendimento de que a busca pelo reconhecimento do erro judiciário deve se dar no mesmo processo em que ele supostamente ocorreu, mediante utilização do sistema recursal vigente, ao dizer que¹⁶² “o erro de julgamento deve ser demonstrado no próprio processo judicial em que foi cometido e através dos meios de impugnação nele admissíveis, não na ação de responsabilidade civil em que se pretenda efetivar o direito de indemnização”.

Segundo a Corte, a prévia revogação constitui pressuposto processual da ação indenizatória, reafirmando entendimento do Supremo Tribunal de Justiça português.

A opção do legislador que prevê a revogação da decisão danosa como condição *sine qua non* à propositura da ação de indemnização contraria, sob certa ótica, a lógica do próprio regime de responsabilidade civil do Estado, já que nega a autonomia da referida ação.

A consequência prática decorrente da imposição de referida condição resulta na necessidade de que o erro necessariamente seja reconhecido e revogado mediante decisão transitada em julgado, caso contrário o lesado sequer pode cogitar em intentar ação indenizatória.

Neste particular, a doutrina contemporânea apresenta duas diferentes posições quanto à legalidade/constitucionalidade do pressuposto insculpido no nº 2, do artigo 13º.

¹⁶² Acórdão 2746/16.2T8PRT.P1. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/2A49C76291662318802580A500592932>.

Carlos Cadilha¹⁶³ afirma que o reconhecimento judicial do erro constitui pré-requisito da responsabilidade civil. Paula Costa e Silva¹⁶⁴, por sua vez, entende que a prévia revogação constitui pressuposto processual.

Importante observar que a prévia revogação da decisão danosa se revela verdadeiro pressuposto processual da ação de responsabilidade. Conforme abordamos acima, a constatação de erro manifesto é indubitavelmente um pressuposto material imposto pelo artigo 13º, nº 1. Ocorre que a mera constatação de erro de fato ou erro de direito não se mostra suficiente ao manejo da ação, uma vez que o nº 2 do mesmo artigo impõe, como dito, pressuposto processual, qual seja, a necessária revogação da decisão viciada.

Há autores que defendem, ainda que de forma minoritária, que a prévia revogação da decisão se consubstancia condição de admissibilidade da ação¹⁶⁵. Contudo, nos parece claro que a doutrina majoritária estabelece a necessária revogação da decisão como pressuposto processual¹⁶⁶.

Sobre tal controvérsia, reporto análise de Joana Catarina, ao citar Elizabeth Fernandez, que afirma que “atenta à letra da lei, esta condição deve ser vista como verdadeiro pressuposto processual ‘na exacta medida em que permite que o objeto em causa possa ser apreciado pelo Tribunal’”¹⁶⁷.

Independente da classificação, se pré-requisito ou pressuposto processual, importa ressaltar que, não sendo admitido recurso com vistas à modificação da decisão eivada de erro, fica o jurisdicionado sujeito aos efeitos de uma decisão errada que vige como uma decisão

¹⁶³ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes - **Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado**. p. 276.

¹⁶⁴ SILVA, Paula Costa e - **A ideia de Estado de Direito e a responsabilidade por erro judiciário: The King can do [no] wrong**. p. 75.

¹⁶⁵ CARVALHO, Ana Celeste - **Responsabilidade civil por erro judiciário: uma realidade ou um princípio por concretizar?**. p. 44.

¹⁶⁶ Elizabeth Fernandez entende que a imposição de revogação da decisão é “inequivocamente uma condição de admissibilidade da ação ou, se preferir, um pressuposto processual específico desta ação”. A Autora ressalta que “o facto constitutivo da pretensão material ressarcitória não é um erro, mas antes o erro manifesto, quer na apreciação da matéria de facto, quer na apreciação, interpretação e aplicação do direito...”. Com a devida *venia*, entendo que a prévia revogação da decisão se estabelece como condição da ação, já que aparenta claro requisito de viabilidade do julgamento de mérito. (FERNANDEZ, Elizabeth - **Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidade e interrogações**. p. 20).

¹⁶⁷ ANJOS, Joana Catarina Neto dos - **Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário: o concurso de culpa do lesado e as garantias de uma tutela jurisdicional efetiva**. p. 17.

acertada. Sob uma análise reversa, pode-se dizer que, não sendo revogada a decisão danosa, impedido está o Poder Judiciário de processar e julgar a ação de indenização.

A lei processual vigente em Portugal prevê ferramentas recursais na esfera cível (vide artigo 696º e seguintes do Código de Processo Civil) que se mostram suficientes à modificação de decisões judiciais mesmo após seu trânsito em julgado¹⁶⁸.

A aceitação de revisão de sentença já transitada em julgado pela via recursal, como dito acima, não fere o dogma da coisa julgada, uma vez que a sentença nascida sob pressupostos antijurídicos não deve prevalecer, posto que fere os pilares do Estado de Direito.

O recurso de revisão, portanto, se mostra justificado sob o aspecto de busca pela justiça, de sorte que não se contrapõe às normas constitucionais previstas. Isto porque a ação movida contra o Estado que tenha por objeto a busca por indenização com base na responsabilidade civil por erro judiciário não se mostra via adequada para se debater o erro em si, cabendo ser lastreada em outra decisão prolatada em processo autônomo em que reste demonstrado o erro, ou via recurso¹⁶⁹.

Neste sentido, o nº 2, do artigo 13º, se apresenta verdadeiro pressuposto adicional da responsabilidade civil por erro judiciário, uma vez que, além da configuração do erro de direito ou de fato, o jurisdicionado precisa garantir a prévia revogação da decisão danosa, o que acontece, via de regra, no próprio processo via recurso de revisão.

Até meados de 2019, como dito, Guilherme da Fonseca e Miguel Bettencourt da Câmara¹⁷⁰ sugeriam, como pressuposto processual, a exigência de “séria probabilidade da

¹⁶⁸ Segundo Carla Góis Coelho, “a responsabilidade civil por erro judiciário deixa de ser necessariamente efectivada por via de uma acção declarativa de condenação, autónoma face ao processo no qual se verificou o erro judiciário. Tal responsabilidade passa também a poder ser peticionada através da interposição de recurso de revisão e, portanto, no próprio processo no qual se verificou o erro judiciário”. (COELHO, Carla Góis - **A responsabilidade extracontratual do Estado por erro judiciário: anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 363/2015**. p. 36).

¹⁶⁹ Comungamos com o entendimento de Carla Góis Coelho que afirma que o regime jurídico vigente a partir da edição da Lei nº 117/2009 representa significativa conquista quanto à economia processual, uma vez que o lesado somente intentará a ação de reparação de danos tendo a certeza de que o erro judiciário aconteceu e foi confirmado pelo órgão julgador (COELHO, Carla Góis - **O regime jurídico e processual do erro judiciário revisto pela Lei nº 117/2019, de 13 de setembro: primeiras reflexões**. p. 100).

¹⁷⁰ DA CÂMARA, Miguel Bettencourt; DA FONSECA, Guilherme – **A Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos – Responsabilidade do Legislador, do “Juiz” e da Administração Pública. A Acção contra o Estado**. p. 52.

existência de erro judiciário”, sob pena de que a norma contida no nº 2 feriria o Princípio da Tutela Jurisdicional efetiva previsto no artigo 20º da Constituição da República.

Contudo, à luz da jurisprudência moderna, podemos dizer que o sistema processual português prestigia o postulado constitucional da responsabilidade civil do Estado insculpido no artigo 22º, não havendo que se falar na quebra do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição ante a vigência do pressuposto contido no nº 2, do artigo 13º.

Como dito, a Constituição Portuguesa estabelece o Princípio da Responsabilidade Civil do Estado no artigo 22º, não deixando qualquer dúvida quanto ao tratamento dado pelo constituinte ao tema. Ocorre que a edição da Lei nº 67/2007 resultou no enfrentamento de suposta inconstitucionalidade sob o argumento de que a restrição quanto ao exercício do direito de reparação por danos (uma vez que o jurisdicionado deve obter prévia revogação da decisão como requisito para propositura da ação indenizatória) impediria, na prática, o exercício do direito constitucionalmente previsto, o que foi resolvido com a edição da Lei nº 117/2019.

Como visto, os sistemas em estudo guardam estreita semelhança, uma vez que, em ambos os países, a ação que busca reparação por erro judiciário deve ser precedida de outra ação (no caso do Brasil) ou recurso que reconheça e revogue o erro manifesto.

De mais a mais, ambos os sistemas apontam para a mesma direção, qual seja, a de que a busca pela reparação por erro judiciário encontra obstáculos processuais capazes de afastar o lesado do direito à indenização.

Contudo, diferentemente do que acontece no Brasil, a regra prevista no RRCEE, somada à alteração do Código de Processo Civil português pela Lei nº 117/2019, posiciona o cidadão em ambiente claro quanto aos pressupostos necessários ao manejo de ação de indenização, ainda que sua prática se mostre restritiva.

A opção do legislador português, que exige a prévia revogação da decisão danosa, apesar de constituir clara negativa de autonomia à ação de indenização, já que, ao intentar referida ação, deve o lesado demonstrar previamente a configuração de erro judiciário via recurso nos autos do mesmo processo em que o erro supostamente foi cometido, prestigia o sistema recursal

e valida os pressupostos da responsabilidade civil do Estado pela má administração da justiça contidos na Lei nº 67/2007.

Conforme se verá no capítulo seguinte, a regra trazida no artigo 13º, nº 2, impõe estudo de seu contexto perante o direito da União Europeia. Avancemos.

7. Breve comentário acerca do tema no direito da União Europeia

A formação do bloco europeu impôs, para além das regras económicas, a sistematização de normativo que unifica e vincula suas instituições e de seus Estados-Membros. Desta forma, os países aderentes ao bloco observam a possibilidade de violação tanto de regras próprias como também de direitos oriundos da formação da União Europeia¹⁷¹.

Dito isto, importante abordar, ainda que de forma perfunctória, a responsabilidade civil extracontratual do Estado a partir da visão do Tratado de Funcionamento da União Europeia, que, em seu artigo 340º, parágrafo 2º, assim determina: “a União deve indenizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, os danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções”. Tal norma consagra, portanto, a responsabilidade civil da União Europeia em caso de violação de normas comuns.

Para a conformação das normas vigentes no bloco europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia obrigou-se a analisar demandas que suscitaram a coexistência entre os normativos dos Estados-Membros e aqueles que regem o próprio bloco.

Provocado a se manifestar quanto ao previsto no artigo 340º, o TJUE reconheceu a ausência de regra que estipulasse a responsabilidade civil dos Estados-Membros e a necessidade de se garantir a efetividade do direito à reparação por ato lesivo praticado pelo Estado. Assim, no conhecido acórdão Francovich¹⁷², o TJUE ementou verdadeira teoria geral de responsabilidade dos Estados-Membros, de forma que o artigo 340º passou a ser aplicado não só ao bloco mas também individualmente a cada um dos Estados-Membros¹⁷³.

¹⁷¹ APARÍCIO, Hugo - **Responsabilidade Civil do Estado por Erro Judiciário: A imprudente consagração do artigo 13.º, n.º 2, do RCEEP**. p. 129-130.

¹⁷² Acórdão do TJUE de 19.11.1991, processos C-6/90 e C-9/90, pesquisável em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/.

¹⁷³ APARÍCIO, Hugo - **Responsabilidade Civil do Estado por Erro Judiciário: A imprudente consagração do artigo 13.º, n.º 2, do RCEEP**. p. 130.

O tema ganhou ainda mais relevância quando da publicação do acórdão Traghetti¹⁷⁴, que consagrou a responsabilidade dos Estados-Membros por danos suportados pelos particulares quando da violação de direito comum.

O julgado em comento pacificou a efetividade da responsabilidade civil dos Estados por meio de ordenamento jurídico processual próprio, ou seja, de cada Estado-Membro, que detém autonomia para estabelecer regras gerais de jurisdição e competência.

Contudo, o direito europeu impôs limitação às regras processuais dos Estados, de forma a garantir a efetividade da aplicação do direito da União Europeia em sobreposição às regras internas de cada Estado.

Pode-se dizer, assim, que a efetividade atribuída pelo Tribunal de Justiça da União Europeia determina a obrigação do dever de eficiência, de sorte que as regras vigentes nos Estados-Membros não podem impor barreiras que dificultem o acesso do cidadão ao direito vigente no bloco europeu.

Dito isto, necessário contrapor o regime processual previsto no n° 2, do artigo 13º, e o princípio da efetividade, reconhecido pelo TJUE quando vindicado direito europeu¹⁷⁵.

O Regime Geral da Responsabilidade Civil do Estado em Portugal não faz qualquer alusão à responsabilidade do Estado português por ocasião da violação de direito originário da União Europeia.

Isto não quer dizer, contudo, que impere o regime de irresponsabilidade quando nos casos em que se observe a negativa de direitos previstos no ordenamento jurídico do bloco europeu, em especial quando preenchidos os pressupostos (a) da violação de lei em sentido amplo que vise proteger direito de particulares, (b) que tal violação seja evidente, (c) da constatação de dano e (d) da existência do nexo de causalidade entre a conduta do Estado e o dano suportado pela parte.

¹⁷⁴ Acórdão do TJUE de 13.6.2006, processo C-173/03, pesquisável em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/.

¹⁷⁵ APARÍCIO, Hugo - **Responsabilidade Civil do Estado por Erro Judiciário: A imprudente consagração do artigo 13º, nº 2, do RCEEP**. p. 132.

Replicando o entendimento do Tribunal de Justiça da União Europeia quanto aos requisitos acima, colaciona-se posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça¹⁷⁶.

Ocorre que, como vimos acima, a ação de reparação por danos impõe o requisito da prévia revogação da decisão danosa através da propositura de recurso capaz de revogá-la. Contudo, o TJUE pacificou entendimento de que deve prevalecer o Princípio da Efetividade¹⁷⁷, que proíbe a exigência de requisito que dificulte ou impossibilite o exercício do direito à reparação por danos. Vejamos:

Processo C-160/14

Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 9 de setembro de 2015
João Filipe Ferreira da Silva e Brito e o. contra Estado português

Pedido de decisão prejudicial apresentado pelas Varas Cíveis de Lisboa

¹⁷⁶ “I. Desde o Acórdão Cilfit que o TJUE vem admitindo a dispensa do dever de suscitar a questão prejudicial por insusceptibilidade de recurso em certas situações, designadamente quando já se tenha pronunciado, de forma firme, sobre a questão a reenviar em caso análogo, em sede de reenvio ou outro meio processual, atento o efeito erga omnes das suas decisões.

II. Tendo o TJUE, no Acórdão Ferreira da Silva e Brito, respondido já à questão de saber se o artigo 13.º, n.º 2, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado viola o Direito da União Europeia, ao exigir, como fundamento do pedido de indemnização contra o Estado por danos causados por violação do Direito da União cometida por um órgão jurisdicional decidindo em última instância, a prévia revogação da decisão danosa, pode o Supremo Tribunal de Justiça considerar-se dispensado de proceder ao reenvio prejudicial desta questão.

III. De acordo com o seu artigo 51.º, n.º 1, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia vincula os Estados-Membros apenas quando estes apliquem o Direito da União Europeia, pelo que, quando a parte que questiona a compatibilidade entre normas de Direito interno e as normas da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia não demonstra que as normas de Direito interno em apreço se destinam a aplicar Direito da União ou, pelo menos, se inserem no âmbito das competências da União em matéria legislativa, não pode haver lugar ao reenvio prejudicial.

IV. Desde o Acórdão Köbler que o TJUE vem afirmando que, para os Estados-Membros serem obrigados a ressarcir os danos resultantes da violação do Direito da União cometida por um órgão jurisdicional decidindo em última instância, é necessário que: 1.º) exista violação do Direito da União Europeia; 2.º) esta violação seja suficientemente caracterizada.

V. Tendo ou não sido demonstrado que a decisão danosa violou o Direito da União Europeia, a interpretação do artigo 13.º, n.º 1, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado segundo a qual a responsabilidade do Estado depende da prática de erro qualificado (grosseiro, evidente, crasso, palmar, indiscutível...) não é desconforme ao Direito da União Europeia nem à jurisprudência do TJUE.

VI. Não sendo demonstrado que a decisão danosa violou o Direito da União Europeia, a interpretação do artigo 13.º, n.º 2, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado segundo a qual a responsabilidade do Estado depende da prévia revogação daquela decisão não é desconforme ao Direito da União Europeia nem à jurisprudência do TJUE.

VII. Consubstanciando-se o alegado erro judiciário numa mera divergência de decisões proferidas pelo mesmo tribunal relativamente à mesma questão de direito, a interpretação do artigo 13.º, n.ºs 1 e 2, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado que conduz à improcedência da ação de responsabilidade civil do Estado não é inconstitucional”. (Disponível em STJ 30060/15.3T8LSB.L3.S1 - Nº Convencional: 2.ª Secção (Cível) - Relator: Catarina Serra – Data do acórdão: 26/11/2020).

¹⁷⁷ Cfr. acórdão do TJUE de 9.9.2015, processo C-160/14, pesquisável em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/.

Reenvio prejudicial — Aproximação das legislações — Manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas, de estabelecimentos ou de partes de empresas ou de estabelecimentos — Conceito de transferência de estabelecimento — Obrigação de apresentar um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º, terceiro parágrafo, TFUE — Alegada violação do direito da União imputável a um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não são suscetíveis de recurso judicial de direito interno — Legislação nacional que subordina o direito à reparação do prejuízo sofrido em razão dessa violação à prévia revogação da decisão que originou esse prejuízo.

Neste ponto, verifica-se patente incompatibilidade entre o RRCEE e o direito europeu, já que o nº 2, do artigo 13º, impõe pressuposto processual que não coaduna com a interpretação dada à norma comunitária, de sorte que, uma vez suscitado o direito comunitário, inexigível o requisito previsto no artigo 13º, nº 2.

Como forma de permitir a subsistência das normas portuguesa e europeia, dando efetividade ao entendimento do TJUE, doutrina e jurisprudência portuguesas foram pacificadas no sentido de que o nº 2, do artigo 13º, da Lei nº 67/2007, não se aplica quando o objeto da lide seja responsabilidade do Estado-Membro pela prática de erro judiciário que viole direito da União Europeia, de sorte que prevalecem atualmente dois diferentes regimes de responsabilidade, a depender do direito vindicado: o português ou o europeu.

O presente estudo não busca aprofundar a análise processual acerca do tema, de forma a não se desviar de seu objetivo, já que os pressupostos procedimentais impõem estudo particular. Não se pode olvidar, contudo, da análise, ainda que breve, do Princípio da Efetividade pacificado pelo sistema jurídico europeu, em especial quando se observa a ausência de postulado similar no ordenamento jurídico brasileiro, aqui abordado como paradigma.

O sistema processual brasileiro é regido pelo chamado Princípio da Efetividade do Processo, que determina que este deve servir como ferramenta efetiva da tutela de um direito violado, o que não se confunde com o Princípio da Efetividade observado no direito comum europeu, especialmente em casos de responsabilidade civil do Estado.

O julgado acima ementado não deixa dúvidas de que o Princípio da Efetividade, nos moldes previstos na União Europeia, diz respeito à não aceitação de que normas nacionais tornem impossível ou excessivamente difícil a efetivação de um direito previsto na ordem jurídica europeia.

Utilizando-se tal postulado no âmbito jurídico da responsabilidade civil do Estado por erro judiciário, temos que a facilitação do acesso a tal direito é obrigatória, de sorte que os Estados-Membros devem garantir o amplo e irrestrito direito do cidadão a ver indenizado o prejuízo suportado por uma falha estatal.

A regra como tratada hoje no direito europeu se traduz verdadeiro princípio, uma vez que norteia o desenvolvimento sistemático do direito dos Estados-Membros, ao tempo em que se verifica como garantia fundamental, já que deve ser tratado sob a ótica do Princípio da Equivalência, que veda a proibição de discriminação entre aqueles que buscam idêntica pretensão fundada na violação do direito nacional¹⁷⁸.

A pacificação, portanto, do Princípio da Efetividade, quando da busca pela reparação de um dano causado por falha na administração da justiça, se mostra regra a ser seguida por outros ordenamentos jurídicos de matriz ocidental, como o que se verifica no Brasil, que infelizmente ainda impõe a propositura de processo ou recurso que reconheça a ocorrência do referido erro judiciário.

¹⁷⁸ Mesquita *apud* APARÍCIO, Hugo - **Responsabilidade Civil do Estado por Erro Judiciário: A imprudente consagração do artigo 13.º, n.º 2, do RCEEP**. p. 132.

8. Conclusão

Da análise da literatura sobre o tema e à luz dos ensinamentos doutrinários, é de se concluir que o regime da responsabilidade civil do Estado por erro judiciário impõe detida análise quanto aos seus pressupostos, em especial à luz da Lei portuguesa nº 67/2007.

O tema perpassa questões conceituais necessárias ao seu melhor entendimento primordialmente quanto ao que se deve compreender por erro judiciário e os reflexos daí derivados.

A norma do país europeu encontra particularidades se comparada com o regime geral da responsabilidade civil, especificamente quanto aos requisitos materiais e processuais previstos no artigo 13º, nº 1 e nº 2. Diferente do Brasil, a norma portuguesa cuidou-se em destacar a atuação estatal quanto à origem do ato lesivo, fazendo-o com especial atenção quanto ao Poder Judiciário, foco do presente estudo.

Dando voz à garantia contida na CRP, artigo 22º, e buscando a preservação dos Princípios da Independência do Juiz e da Soberania do Judiciário, o RRCEE estabelece cenário claro ao cidadão português quanto ao direito à reparação por danos causados por uma atuação jurisdicional lesiva. Especialmente com tal intuito, percebe-se a preservação da figura do magistrado no momento em que somente pode ser demandado de forma regressiva pelo Estado e em casos de culpa grave ou dolo.

Além disso, a qualificação do erro judiciário, de sorte que este imponha o dever de indenizar, permite a atuação do magistrado com confortável margem de segurança, já que a norma exclui o erro leve daqueles que podem causar lesão passível de indenização. A qualificação como “erro grosseiro” dá ao sistema de responsabilização civil a possibilidade de análise do caso concreto com subjetividade suficiente a que se afaste o dever de indenizar quando o erro se apresentar mero “desvio” sob a ótica do juiz médio.

O estudo acerca da imposição do requisito processual contido no artigo 13º, nº 2, da Lei nº 67/2007, revela o caráter restritivo quanto ao manejo de ação de indenização por danos

causados por erro judiciário a ponto de fazer nascer o debate quanto à sua constitucionalidade e adequação ao sistema normativo europeu.

Apesar da clara posição doutrinária e jurisprudencial, a revogação prévia da decisão considerada lesiva revela caráter limitador ao direito constitucional posto. Contudo, a alteração no Código de Processo Civil que resultou na inclusão da alínea “h”, ao artigo 696º, afastou as críticas mais ácidas acerca da inconstitucionalidade da norma prevista no RRCEE, uma vez que forneceu ao jurisdicionado a possibilidade de suscitar, via recurso, o erro judiciário no caso concreto.

Ainda assim, nos parece estranho que a prévia revogação da decisão eivada de erro seja mantida sob o argumento do caso julgado e da manutenção da segurança jurídica. Ora: uma decisão que reconheça o erro judiciário em outra decisão não necessariamente precisaria revogá-la, mas meramente reconhecer sua lesividade, o que poderia acontecer na própria ação de indenização por danos lastreada na ocorrência do erro judiciário¹⁷⁹.

De mais a mais, é pacífica a jurisprudência nacional não só quanto aos requisitos materiais (erro manifesto de direito ou erro grosseiro de fato), como também quanto ao requisito processual exigido, qual seja, a prévia revogação da decisão como pressuposto processual à ação de indenização por danos.

No Brasil, inexistente norma reguladora que dê luz sobre o tema, razão pela qual a construção doutrinária e a jurisprudencial destoam, a meu ver, da norma contida na Constituição Federal de 1988. Como visto, o constituinte brasileiro fez inserir no texto constitucional a responsabilidade civil objetiva do Estado, sem estabelecer, contudo, seu âmbito de atuação objetivo e subjetivo, o que deveria ter sido feito pela legislação ordinária.

¹⁷⁹ Este é o entendimento compartilhado por Carla Góis Coelho. Segundo a Autora, em análise crítica à decisão do Tribunal Constitucional nº 363/2015, uma vez identificado o erro judiciário, a decisão eivada de vício não impõe ser reapreciada, bastando a análise quanto à ocorrência de erro manifesto de fato ou de direito e em que sentido a decisão errada suscita o dever de indenizar (COELHO, Carla Góis - **A responsabilidade extracontratual do Estado por erro judiciário: anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 363/2015**. p. 34).

Ocorre que a falta de uma norma, nos moldes do RRCEE português, impôs penumbra sobre o tema, de sorte a relegar aos próprios julgadores as regras, pressupostos e conceitos relativos ao erro judiciário. Assim, para além do que estabelece a legislação processual e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, e em razão da clara iniciativa de proteção do juiz (que somente pode ser responsabilizado regressivamente quando agir com dolo ou fraude), não há, no Brasil, lei que tenha o condão de aclarar os pressupostos relativos à responsabilidade civil do Estado por erro judiciário.

Neste particular, aliás, o próprio conceito ou as hipóteses de caracterização do erro judiciário são feitos exclusivamente pelo magistrado quando da análise do caso concreto, o que causa imensa insegurança jurídica demonstrada pela contradição em julgados proferidos pelas mesmas Cortes.

Considerando os postulados constitucionais vigentes e a inequívoca responsabilidade civil do Estado pelos atos *per si* praticados independente da origem, urge no Brasil a elaboração de regra geral nos moldes da Lei nº 67/2007, que estabeleça princípios, conceitos e aplicações práticas do dever de indenizar diante da prática de ato lesivo emanado do Poder Judiciário.

Referências bibliográficas

AMORIM, Camila Silva de – A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades em Portugal. Um exemplo a ser seguido. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional** [Em linha]. Ano 15, Nº 60, p. 1-31 (2015). [Consult. 06 jan. 2022]. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/60>.

ANJOS, Joana Catarina Neto dos - Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário: o concurso de culpa do lesado e as garantias de uma tutela jurisdicional efetiva/Joana Catarina Neto dos Anjos. **Cadernos de Justiça Administrativa**, Braga, n. 128 (Mar-Abr. 2018), p. 11-34.

APARÍCIO, Hugo - Responsabilidade Civil do Estado por Erro Judiciário: A imprudente consagração do artigo 13.º, n.º 2, do RCEEP. **Revista Eletrônica de Direito Público** [Em linha]. Vol. 6, Nº 1, p. 123-140 (2019). [Consult. 05 jan. 2022]. Disponível em <https://www.e-publica.pt/volumes/v6n1/pdf/a8n1v6.pdf>.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. **Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas Anotado**. Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO, Ana Celeste - **Responsabilidade civil por erro judiciário: uma realidade ou um princípio por concretizar?** / Ana Celeste Carvalho. - [Coimbra]: Almedina, 2012. - 107 p.; 23 cm.- (Monografias). ISBN 978-972-40-4716-4 (Broch.) : D.L.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CATARINO, Luís Guilherme - **A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça**. Coimbra, Almedina, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55.

CÓDIGO Civil e Código de Processo Civil: 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6456-7.

CÓDIGO Civil e legislação complementar: 19ª ed. Lisboa: Quid Juris sociedade editora, 2014. ISBN 978-972-724-672-4.

COELHO, Carla Góis - A responsabilidade extracontratual do Estado por erro judiciário: anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 363/2015/Carla Góis Coelho. **Revista de Direito Administrativo**, Lisboa, nº especial #1 (Set. 2020), p. 31-37.

COELHO, Carla Góis - O regime jurídico e processual do erro judiciário revisto pela Lei n.º 117/2019, de 13 de setembro: primeiras reflexões/Carla Góis Coelho. **Revista de Direito Administrativo**, n. 8 (Maio-Ago. 2020), p. 95-104.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União - Seção 1** (5/10/1988), p.1 [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa. – 4ª ed. – (Códigos universitários). Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6867-1.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2005, de 12 de agosto. 2ª ed. reimp. Lisboa: Quid Juris sociedade editora, 2012. ISBN 978-972-724-586-4.

CORREIA, João Conde - **Direito a indemnização em caso de erro judiciário** / João Conde Correia. *In:* Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais / (org.) Paulo Pinto de Albuquerque. - 1ª ed. - Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020. - 3.v., p. 2423-2440; 36 cm. - (Comentários de Leis). - ISBN 978-972-54-0671-7.

COSTA, Emídio José da; COSTA, Ricardo José Amaral da - **Da responsabilidade civil do Estado e dos magistrados por danos da função jurisdicional.** Lisboa: Quid Juris, 2010.

COSTA, Larissa Trindade - **Responsabilidade civil por erro judiciário** / Larissa Trindade Costa, *In*: Direito, política e economia: atualidades e tendências / [organizadores] Cláudia Sayuri Shigekiyo Miranda Silva, Larissa Trindade Costa, Magno Israel Miranda Silva. - 1ª ed. - [Lisboa]: Assunto Sábio, [2019]. - p. 287-307; 23 cm. - ISBN 978-989-54523-0-9.

COSTA, Moacir dos Santos - **A responsabilidade civil do juiz por danos resultantes de culpa em sentido estrito no exercício da função: a tolerância à atuação negligente, imprudente e imperita do magistrado brasileiro (1939-2017)**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2017. Dissertação de Pós-Graduação em Direito. [Em linha]. [Consult. 26 Nov. 2021]. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/186153/PDPC1348-D.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

COSTA, Salvador da - **Responsabilidade civil por danos derivados do exercício da função jurisdicional**. In COLÓQUIO CARREIRA DOS JUÍZES – PERSPECTIVAS DE FUTURO, Lisboa, 2009. [Em linha]. [Consult. 26 Nov. 2021]. Disponível em http://www.inverbis.pt/20072011/images/stories/pdf/salvadorcosta_respcivil_funcaojurisdicional.pdf.

CUNHA, Luis Filipe Loureiro - **A responsabilidade civil por actos da Administração Pública**. Porto: Universidade Lusófona do Porto, 2012. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas. [Em linha]. [Consult. 28 Nov. 2021]. Disponível em <https://recil.ensinolusofona.pt/jspui/bitstream/10437/4953/1/Luis%20Filipe%20Loureiro%20Cunha.pdf>.

DA CÂMARA, Miguel Bettencourt; DA FONSECA, Guilherme – **A Responsabilidade Civil dos Poderes Públicos – Responsabilidade do Legislador, do “Juiz” e da Administração Pública. A Acção contra o Estado**, 1ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013. ISBN 9789723221107.

DINIZ, Maria Helena – **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 35ª ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2020. ISBN 978-85-536-1319-9.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 36ª ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2020. ISBN 978-85-536-1320-5.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FALCÃO, Alexandre Targino Gomes - **A responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional (enfoque no Direito Brasileiro)**. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2016. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas. [Em linha]. [Consult. 28 Nov. 2021]. Disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/32136/1/ulfd133236_tese.pdf.

FERNANDEZ, Elizabeth - Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidade e interrogações/Elizabeth Fernandez. **Cadernos de Justiça Administrativa**, Braga, n. 88 (Jul.-Ago. 2011), p.14-22.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo – **Novo Curso de Direito Civil** – 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. ISBN 978-85-536-1498-1.

GALANTE, Fátima - O erro judiciário: a responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional. **Data Venia** [Em linha]. Ano 3, Nº 04, p. 5-76 (4 dez. 2015). [Consult. 01 dez. 2021]. Disponível em https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao04/datavenia04_005-076.pdf.

GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades – Comentários à luz da Jurisprudência**, 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2018. ISBN 9789726292043.

GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro, Volume 4: Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEI nº 10.406/2002: Código Civil. **Diário Oficial da União - Seção 1** (11/1/2002), p. 1 [Em linha]. [Consult. 20 Fev. 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.

LEI nº 67/2007. **Diário da República, Série I**. Nº 251/2007, Série I de 2007-12-31, p. 9117-9120 [Em linha]. [Consult. 25 Nov. 2020]. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/628004/details/maximized>.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Volume 7: Responsabilidade Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OTTO NETO, Martinho Gerlack; ÁLVARES, Silvio Carlos - A responsabilidade civil do Estado, o erro judiciário e a indenização na revisão criminal brasileira. **Revista Jurídica Luso-Brasileira** [Em linha]. Ano 6, Nº 02, p. 899-946 (2020). [Consult. 05 jan. 2022]. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/2/2020_02_0899_0946.pdf.

NOHARA, Irene Patrícia - **Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/3813-Direito-Administrativo-Irene-Patrcia-Nohara-2019.pdf>.

NOHARA, Irene Patrícia – **Direito Administrativo Brasileiro: Influências, características e mudanças recentes**. **Revista Digital de Direito Administrativo**. [Em linha]. Vol. 5, Nº 02, p. 01-20 (2018). [Consult. 15 jan. 2022]. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/143814/142080>.

OLIVEIRA, Tarsis Barreto; LIMA, Edinalva Cardoso - **Responsabilidade civil do Estado por erro judicial: Natureza e excludentes de responsabilidade** (publicado em mar. 2021). [Em linha]. [Consult. 15 Nov. 2021]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/89479/responsabilidade-civil-do-estado-por-erro-judicial>.

PAZ, Margarida; CARVALHO, Ana Celeste - **A responsabilidade civil do Estado**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2014. E-book. [Em linha]. [Consult. 26 Nov. 2021]. Disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Responsabilidade_Civil_Estado.pdf.

PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre a Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**, 1ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016. ISBN 5606939008718.

PEDRO, Ricardo – Responsabilidade civil do Estado por erro judiciário: da “*law in book*” à “*law in action*”: *mind the gap*. **Revista do Ministério Público** [Em linha]. nº 166, p. 159-199 (2021). [Consult. 21 fev. 2022]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/bpjl.nsf/83cbe9acef94db5a8025730800549412/23a09e778ceb3f2480258728003586bc?OpenDocument>.

SILVA, José Manuel Cardoso da - **Sobre o novo regime da responsabilidade do Estado por actos da função judicial**. Coimbra: Coimbra Editora. 2009.

SILVA, Paula Costa e. A ideia de Estado de Direito e a responsabilidade por erro judiciário: The King can do [no] wrong, *in O Direito*. Ano 142.º. (2010) I.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 2.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 15ª ed. v. 2. São Paulo: Forense, 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIANNA, José Ricardo Alvarez - **Erro judiciário e sua responsabilização civil** / José Ricardo Alvarez Vianna. - 1ª ed. - [São Paulo]: Malheiros, [2017]. - 488 p.; 21 cm ISBN 85-392-0388-X (Broch.).