



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E
MONOGRAFIA JURÍDICA**

CALIANDRA VIEIRA BRAGA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO
DECISIONISMO E DA MOROSIDADE NA PRESTAÇÃO DA TUTELA
JURISDICIONAL**

**FORTALEZA
2010**

CALIANDRA VIEIRA BRAGA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO
DECISIONISMO E DA MOROSIDADE NA PRESTAÇÃO DA TUTELA
JURISDICIONAL**

Monografia submetida à Coordenação de Atividades Complementares e Monografia Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Área de Concentração:
Responsabilidade Civil do Estado

Orientadora:
Prof^ª. MSc. Deborah Sales Belchior

**FORTALEZA
2010**

CALIANDRA VIEIRA BRAGA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO
DECISIONISMO E DA MOROSIDADE NA PRESTAÇÃO DA TUTELA
JURISDICIONAL**

Monografia submetida à Coordenação de Atividades Complementares e Monografia Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a MSc. Deborah Sales Belchior (Orientadora)

Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. José Adriano Pinto

Universidade Federal do Ceará - UFC

David Barbosa de Oliveira

Universidade Federal do Ceará - UFC

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e por me acompanhar ao longo de toda a minha feliz existência.

Aos meus pais, Carlos e Delmira, pelo incondicional apoio, dedicação, exemplo e carinho.

Aos meus amigos de faculdade, pela amizade construída, e por estarem comigo nas alegrias e nas dificuldades.

À Araguacy e Regina, companheiras de trabalho, pelo apoio e compreensão durante o período de elaboração desta monografia.

RESUMO

Aborda o tema da Responsabilidade Civil do Estado em decorrência do decisionismo e da morosidade na prestação da tutela jurisdicional. Analisa a evolução da responsabilidade do Estado ao longo dos anos, notadamente no tocante à responsabilidade do Estado-juiz. Propõe uma nova abordagem sobre o tema, à luz do constitucionalismo contemporâneo e das garantias do acesso à justiça, da fundamentação das decisões judiciais e da razoável duração do processo. Apresenta a efetividade como ideal a ser perseguido pelos operadores no Estado Democrático de Direito. Como definição de efetividade, entende que não basta que o Judiciário receba a pretensão; exige-se, pois, que a tutela seja prestada de modo eficaz, tempestivo, em atenção aos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da liberdade. Apresenta o decisionismo, teoria de autoria do constitucionalista alemão Carl Schmitt, e relata a sua incorporação por alguns magistrados do Poder Judiciário pátrio. Condena a prática do decisionismo, que consiste na prolação de decisões soberanas, arbitrárias, em desrespeito aos direitos e garantias fundamentais. Aponta a morosidade na prestação da tutela jurisdicional como o grande problema da justiça brasileira hoje, gerando no meio coletivo um sentimento de descrédito e impunidade. Entende que tanto a prática do decisionismo quanto a morosidade configuram denegação de justiça. Defende que os prejuízos sofridos pelos particulares em virtude de decisões contrárias aos preceitos fundamentais bem como da excessiva demora na entrega da prestação jurisdicional devem ser indenizados pelo Estado, fato que, além de promover o devido ressarcimento, estimularia o Poder Público a direcionar todos os esforços para evitar tais prejuízos, de forma a assegurar um mais amplo e efetivo acesso ao Judiciário.

Palavras-chave: Efetividade. Decisionismo. Morosidade. Responsabilidade civil do Estado.

ABSTRACT

It approaches the subject of Civil Responsibility of the State in consequence of the decisionism and the delay in the concession of jurisdictional tutelage. It analyses the evolution of Responsibility of the State in the years, especially of the State-judge. It suggests a new approach of the subject, under the ideas of the Contemporary Constitutionalism and the guaranties of the access to the justice, the support of the judicial decisions and the rational duration of the process. It introduces the efficiency as an ideal to be persecuted by the operators in the Democratic State of Law. To define efficiency, it understands that it is not enough that the Judiciary receives the legal action; It claims that the jurisdictional tutelage should be realized in a fast and efficient way, in attention to the fundamental precepts of the human dignity and freedom. It introduces the decisionism, theory of the german constitutionalist Carl Schmitt, and it explains its incorporation by some judges of the Judiciary Power of Brazil. It condemns the practice of decisionism, that consists in the pronouncement of sovereign and despotic decisions, disrespecting the fundamental rights and guaranties. It cites the delay in the concession of jurisdictional tutelage as the main problem of the Judiciary Power of Brazil today, causing in social atmosphere a feeling of faithlessness and impunity. It understands that the practice of decisionism and the delay configure denial of justice. It supports that harms suffered by people due to the decisions against fundamental precepts and the excessive delay in the concession of jurisdictional tutelage must be indemnify by the State, as a form to, besides of promoting the indemnification, stimulate the Public Power to direct all the efforts to avoid harms, as a form to assure an ampler and more efficient access to the judiciary.

Key words: Efficiency. Decisionism. Delay. Civil Responsibility of the State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO	11
1.1 Evolução da Responsabilidade Civil Estatal	14
1.1.1 Fase Civilista	15
1.1.2 Fase Publicista	16
1.2 Responsabilidade Extracontratual do Estado no ordenamento jurídico pátrio	18
1.3 Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais	21
1.3.1 Argumentos e contra-argumentos da irresponsabilização do Estado-juiz.....	22
1.3.2 Compreensão da matéria no âmbito do Supremo Tribunal Federal	23
2 DECISIONISMO	27
2.1 O Decisionismo como violação às garantias do Acesso à Justiça e da Fundamentação das Decisões Judiciais	30
2.2 Exemplos de decisões com viés decisionista	32
3 A MOROSIDADE NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL À LUZ DAS GARANTIAS DO ACESSO À JUSTIÇA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	39
3.1 Os malefícios da Morosidade	41
3.2 A garantias do Acesso à Justiça e da Razoável Duração do Processo	45
3.2.1 A problemática do Acesso à Justiça	46
3.2.1.1 O Acesso à Justiça no Estado Democrático de Direito	48
3.2.2 O advento do princípio da Razoável Duração do Processo.....	50
3.2.2.1 A Celeridade e o anteprojeto do novo Código de Processo Civil	53
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO DECISIONISMO E DA MOROSIDADE NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISIDICIONAL	56
4.1 O Decisionismo e a responsabilidade pessoal do magistrado	58
4.2 A Morosidade e o Caso Maria da Penha	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS	67

INTRODUÇÃO

A jurisdição, função cujo monopólio pertence ao Estado, encontra-se em fase de evolução, a fim de proporcionar aos jurisdicionados a realização de um processo coadunado com os direitos e garantias nascidos no contexto do neoconstitucionalismo e do Estado Democrático do Direito.

O Estado Constitucional, surgido após o processo de redemocratização do Estado brasileiro, que culminou com a edição da Carta Magna de 1988, trouxe novos paradigmas no tocante à interpretação das normas jurídicas. A partir de então, todos os preceitos legais devem ser interpretados e aplicados em conformidade com a Constituição Federal, principalmente no que concerne aos direitos e garantias fundamentais nela elencados.

Essas mudanças atingiram de forma fulminante o direito processual, à medida que grande parte das garantias insculpidas constitucionalmente consiste em instrumentos que surgiram para possibilitar a concretização de um processo justo e efetivo, nos âmbitos civil, penal e administrativo.

É certo que esses novos paradigmas tornaram obsoletos os Códigos de Processo Civil e de Processo Penal vigentes, datados do século passado, necessitando de várias reformas que imprimissem maior adequação desses diplomas aos preceitos constitucionais.

É nesse sentido que surge o conceito de *efetividade* como ideal a ser perseguido pelos magistrados e demais operadores do Direito, que só será atingido através do emprego de mecanismos que assegurem uma prestação rápida e eficaz da tutela jurisdicional.

Ressalte-se que, mais do que a positivação de novas regras e de novos princípios que possibilitem maior agilidade e eficiência ao provimento judiciário, urge que aqueles que irão interpretá-los e possuem o papel de utilizá-los o façam de maneira coerente e correta, pois, em caso negativo, a função jurisdicional não cumprirá sua função de promover justiça no caso concreto.

Não obstante alguns esforços recentes em promover a efetividade da tutela jurisdicional, a justiça pátria apresenta ainda alguns entraves ao bom andamento processual, a exemplo da prática do *decisionismo* e da *morosidade*.

A prática do *decisionismo* foi incorporada ao Poder Judiciário brasileiro através da consagração da teoria do constitucionalista alemão Carl Schmitt. Refere-se à pessoa do magistrado no desempenho de sua função constitucionalmente instituída e de grande relevância para a sociedade que é fazer justiça no caso concreto.

Em virtude dessa prática, muitas vezes, depara-se, na jurisprudência pátria, com decisões proferidas de modo arbitrário, valendo-se o magistrado somente de seus preconceitos e convicções na resolução dos litígios a ele apresentados.

Destarte, não se pretende, de modo algum, condenar a esfera de liberdade de decisão que possui o magistrado, cuja margem de discricionariedade revela-se essencial para a execução de sua função, dentro dos ditames legais do Estado Democrático de Direito.

Porém, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. De fato, algumas decisões prolatadas saltam aos olhos em virtude da impropriedade da linguagem e do desrespeito aos princípios do acesso à justiça e da fundamentação das decisões judiciais, bem como de violação aos preceitos fundamentais assegurados aos cidadãos, como a dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade.

Já a *morosidade*, para a maioria dos doutrinadores, consiste no principal problema do Judiciário hoje, inserindo no meio coletivo o sentimento de impunidade e descrédito com a justiça. Reflete a excessiva demora na entrega da prestação jurisdicional, causando gravames aos cidadãos de ordem patrimonial e moral. Com efeito, um provimento tardio não cumpre a finalidade da jurisdição que é a resolução, em tempo hábil, dos conflitos apresentados ao Poder Judiciário.

A propósito, o cidadão que buscou a Justiça para cessação de uma ameaça a direito seu, ou para ressarcimento dos prejuízos em virtude de uma lesão já sofrida, requer uma resposta rápida, efetiva, e não a permanência dessa peleja por anos a fio, perdurando, muitas vezes, a sua vida inteira, sem a obtenção de uma resposta estatal.

Por óbvio, a morosidade é fenômeno que fere frontalmente os princípios do acesso à justiça e da razoável duração do processo, este último trazido recentemente pela Emenda n. 45/2004, que pretendeu realizar a Reforma do Judiciário.

É notório que ambos os casos (*morosidade e decisionismo*) tornam o provimento jurisdicional ineficaz, além de, muitas vezes, causar prejuízos irreparáveis às partes. Desta feita, não é justo o cidadão suportar os danos sofridos em virtude de uma prestação jurisdicional lenta ou descompromissada com os ditames da justiça e da liberdade.

Entende-se que, pela possibilidade de se imputar a causa de tais danos ao Estado, este se torna responsável, sendo devida ao particular indenização por danos morais e materiais, conforme o caso.

Nesse sentido, questiona-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto: regra da irresponsabilidade do Estado-juiz. Ora, se a Constituição Federal assegura, sem exceções, a responsabilidade objetiva do Estado por danos que seus agentes causem, nessa qualidade, a terceiros (art. 37, § 6º), por que o Poder Judiciário estaria imune a essa regra, comprovados os prejuízos decorrentes de uma prestação jurisdicional ineficaz?

A propósito, o tema da responsabilidade civil do Estado, embora já amplamente discutido, ainda possui muitos problemas não superados, a exemplo da responsabilidade do Estado-julgador em decorrência da ineficácia da tutela jurisdicional.

Portanto, objetiva-se lançar um novo olhar sobre o velho tema da responsabilidade civil do Estado, propondo sua leitura sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo e das garantias do acesso à justiça, da razoável duração do processo e da fundamentação das decisões judiciais.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

O conceito de responsabilidade encontra-se na obrigação que um sujeito possui de reparar danos causados à esfera jurídica de outrem, por ação ou omissão voluntária contrária ao Direito.

Infere-se, a partir dessa definição, a noção de ato ilícito, seja no campo penal, ensejando a punição pelo Estado em razão de conduta ameaçadora à paz social, seja no campo civil, emergindo a figura da responsabilidade civil, a ser analisada no presente estudo.

As responsabilidades civil e penal diferem, precipuamente, na intenção do agente punitivo: na esfera privada, de restabelecer o equilíbrio patrimonial, desestabilizado pela conduta do causador do dano, enquanto na esfera penal o intuito é de proteger a sociedade daquele agente delituoso, punindo-o para que o mesmo não pratique tal conduta novamente, valendo-se o Estado, em alguns casos, de penas privativas de liberdade.

Cumpre-nos analisar a responsabilidade civil, que se apresenta no ordenamento jurídico sob as modalidades contratual e extracontratual. A primeira delas ocorre quando a conduta danosa viola obrigação contida em instrumento contratual realizado pelas partes, matéria disciplinada pelo art. 389 do atual Código Civil brasileiro.¹

Já a responsabilidade extracontratual, ou *aquiliana*, refere-se à infringência de norma legal ou de um dever de conduta, quando não preexiste nenhum contrato entre as partes. O Código Civil de 2002 erige a responsabilidade extracontratual no artigo 186, contemplando inclusive o dano moral, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O referido artigo menciona tanto o dolo (*ação ou omissão voluntária*), quanto a culpa (*negligência ou imprudência*). O Código Penal, em seu inciso II do artigo 18²,

¹ Art. 389 do Código Civil de 2002. “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

² Art. 18 do Código Penal. “Diz-se o crime:

[...]

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”.

acrescenta a imperícia nas modalidades de culpa. Não obstante essa diferenciação, para efeito de responsabilidade civil, não importa se o dano foi praticado com dolo ou culpa; em todos os casos, utiliza-se genericamente o vocábulo *culpa*. O que interessa, de fato, para o Direito Civil, é a indenização dos prejuízos causados, capaz de recompor o patrimônio lesado.

Ressalte-se que, de acordo com o artigo supramencionado, a responsabilidade extracontratual não prescinde do elemento volitivo, ou seja, o resultado ou foi previsto pelo agente ou deveria ter sido, de modo a caracterizar a responsabilidade subjetiva, dependente de culpa. Por outro lado, ensina Sílvio de Salvo Venosa que “há várias situações nas quais o ordenamento dispensa a culpa para o dever de indenizar, bastando o dano, a autoria e o nexo causal, no campo em que se denomina responsabilidade objetiva”.³

Salienta-se, ainda, em referência ao artigo 186, que, modernamente, doutrina e jurisprudência consideram capaz de ensejar a responsabilidade civil extracontratual não somente o ato ilícito, contrário ao Direito, mas também hipóteses em que a prática de ato lícito configure danos a esfera jurídica de terceiros.

Em verdade, as relações sociais evoluíram ao longo dos anos, exigindo do Estado a tutela jurídica de conflitos antes não previstos. O Direito deve estar atento às mudanças e ao surgimento de novas situações a fim de se amoldar à sociedade e cumprir de modo efetivo e completo a sua função de pacificação social.

Nessa esteira, verificou-se que o Estado, sujeito com amplas prerrogativas e capacidade de ingerência na esfera privada de todos os cidadãos, por atuar sob o direito, é também responsável por suas ações e omissões, quando infringirem a ordem jurídica e lesarem terceiros.⁴

Como fundamento para tal responsabilização, erige-se o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais, à medida que, se o cidadão é lesado devido a comportamento ilícito ou lícito do Estado, nada mais justo que toda a coletividade, inclusive ele, contribuinte dos cofres públicos, indenize tal prejuízo. É a justiça comutativa, que reparte igualitariamente os riscos assumidos pelo Estado, restabelecendo o equilíbrio social e econômico.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 550.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 947.

Diante disso, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado como “a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”.⁵

Marçal Justen Filho afirma consistir tal fenômeno “no dever de indenizar as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado”.⁶

Inferimos das definições *supra* a possibilidade de o Estado, em virtude de conduta lesiva, ser condenado a indenizar, seja por danos materiais, com o dever de pagar o valor correspondente aos danos emergentes e aos lucros cessantes, seja por danos morais, não obstante a hipótese de indenização por danos estéticos e à imagem.

Por outro lado, questão controversa refere-se à natureza do comportamento estatal, ou seja, se a ilicitude da conduta consiste em pressuposto para a configuração da responsabilidade estatal. Vale-se esse estudo uma vez mais dos ensinamentos de Bandeira de Mello, invocando o princípio da isonomia para admitir ser possível sim a responsabilização do Estado por condutas lícitas:

Com efeito, o Estado pode, eventualmente, vir a lesar bem juridicamente protegido para satisfazer um interesse público, mediante conduta *comissiva legítima* e que sequer é perigosa. É evidente que em tal caso não haveria cogitar de culpa, dolo, culpa de serviço, qualquer traço relacionado com a figura da responsabilidade subjetiva (que supõe ilicitude). Contudo, a toda evidência, o princípio da isonomia estaria a exigir reparação em prol de quem foi lesado a fim de que satisfizesse o interesse da coletividade. Quem auferir os cômodos deve suportar os correlatos ônus. Se a sociedade, encarnada juridicamente no Estado, colhe os proveitos, há de arcar com os gravames econômicos que infligiu a alguns para o benefício de todos.⁷

A respeito, pondera Marçal Justen Filho ser necessário cautela quanto à defesa da possibilidade de responsabilização civil do Estado por atos lícitos, consoante abaixo:

Adota-se o entendimento de que, ressalvadas hipóteses em que houver solução legislativa explícita diversa, somente é possível responsabilizar o Estado quando a ação ou omissão a ele imputável for antijurídica. [...] Não se admite que um ato jurídico conforme ao direito, praticado pelo Estado de modo regular e perfeito,

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 977.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 948.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 995.

acarrete sua responsabilização civil – exceto quando essa for a opção explícita de uma lei.⁸

O referido posicionamento condiciona a existência de uma lei disciplinando que tal conduta do Estado, embora legítima, acarrete a sua responsabilidade, a exemplo da Lei federal nº 10.744/2003, que disciplinou a “assunção” pela União da responsabilidade civil no caso de atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras.⁹

1.1 Evolução da Responsabilidade Civil Estatal

Não obstante a tese de responsabilização do Estado consistir, hodiernamente, consenso pacífico no direito mundial, sua imposição não ocorreu com facilidade. Nota-se uma evolução nesse sentido, indo desde a total irresponsabilidade do Estado até a moderna concepção de responsabilidade objetiva, independente de culpa.

De primeiro, na metade do século XVIII, vigorava nos Estados absolutistas a tese da irresponsabilidade do Estado, justificada pela origem divina dos reis, sendo inerente a eles, portanto, a característica da infalibilidade. Com efeito, o princípio francês *Le roi ne peut mal faire* (o rei não pode fazer o mal), em versão inglesa, *The king can do not wrong* (o rei não pode errar), sintetizava o espírito norteador da irresponsabilidade.¹⁰

Logo, não parecia razoável responsabilizar o rei por quaisquer atos de seu governo, em razão de o mesmo apresentar-se soberano em suas decisões. Nesse sentido, o Estado possuía autoridade irrefutável diante de seus súditos, sendo incontestáveis até mesmo atos que causassem prejuízos à esfera jurídica dos subordinados.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 954.

⁹ *Ibid.*, p. 949.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 985.

No entanto, na época, não havia total desproteção aos administrados, em virtude da possibilidade de responsabilização pessoal do funcionário, quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado a comportamento seu.¹¹

1.1.1 Fase Civilista

A teoria da irresponsabilidade, por óbvio, não prevaleceu por muito tempo, emergindo a fase civilista da responsabilidade do Estado, a qual consagrou a *responsabilidade subjetiva*. A configuração de tal responsabilidade necessita da demonstração do elemento genérico *culpa*, motivador da conduta do agente.

Nessa fase, primeiramente, realizou-se a distinção entre *atos de império* e *atos de gestão*. Enquanto os *atos de império* representavam aqueles praticados pelo soberano, investido de todas as prerrogativas inerentes à sua autoridade, de modo a não ensejar a responsabilização por danos decorrentes da sua prática, os *atos de gestão* fazem referência aos atos de gerência dos serviços estatais, praticados pelos agentes públicos em posição de igualdade com os particulares, sendo passíveis de responsabilização estatal.

Essa distinção denota apenas uma discreta evolução no conceito de responsabilidade estatal. Ao manter a tese da irresponsabilidade no que se refere aos atos de império, possibilitou-se o surgimento de inúmeras dúvidas e inconvenientes quanto à distinção prática entre as duas modalidades de ato público, o que, de fato, inviabilizou uma efetiva utilização desse instituto como benefício aos particulares.

A fim de promover um maior avanço na problemática da responsabilidade extracontratual estatal, foram empregadas, na época, teorias do direito civil que influenciaram na consolidação da tese da responsabilidade subjetiva, fundada na culpa. Diante desses novos paradigmas, o Estado ficaria obrigado a reparar os danos ocasionados por seus funcionários independentemente da distinção entre atos de império e atos de gestão.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 985.

A culpa, conforme já explicitado, apresenta-se de forma genérica, caracterizada não só por ato praticado com imprudência, negligência ou imperícia, mas também por conduta dolosa, concebida com intenção.

Sobre essa perspectiva, emerge a Teoria da Culpa Administrativa ou Teoria da falta de serviço, *Faute du service*, para os franceses, culpa anônima ou culpa do serviço. Ocorre a falta de serviço quando o serviço público, devendo funcionar, não funciona, funciona mal ou funciona atrasado. Ou seja, o lesado não precisa mais identificar qual foi o agente causador do dano, somente comprovar a inexistência do serviço público, seu mau funcionamento ou o seu atraso.

Ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello consistir tal teoria fundada na culpa, isto é, modalidade de responsabilidade subjetiva, embora alguns autores entendam tratar-se de responsabilidade objetiva. De acordo com o referido autor, “[...] para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva”.¹²

Imperioso destacar que a teoria da falta do serviço servirá de argumento para este estudo em tópico posterior referente à possibilidade de responsabilização do Estado em decorrência do decisionismo e da morosidade processual.

1.1.2 Fase Publicista

Por fim, cumpre-nos discorrer sobre o mais alto grau da escala evolutiva em matéria de responsabilidade extracontratual estatal: o surgimento da responsabilidade objetiva. Tal responsabilidade independe da aferição de culpa, sendo suficiente a comprovação da conduta estatal bem como do nexo causal entre a referida conduta e o dano à esfera jurídica do particular.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 988.

Em verdade, o emprego de teorias de direito civil para reger as relações entre a Administração Pública e os particulares não mais satisfazia os interesses sociais, tendo em vista estas relações se apresentarem bem mais complexas do que aquelas entre os próprios membros da coletividade. Com efeito, a Administração pública, ao praticar um determinado ato, atende aos interesses de toda a coletividade, enquanto o particular atua em interesse próprio.

Diante disso, tornou-se imperativa a invocação de princípios públicos que norteassem as relações entre administração e administrados, de modo a proteger os interesses do bem comum e a evitar que os particulares sofressem prejuízos em virtude do mau funcionamento da máquina estatal. A propósito, na fase denominada *publicista*, chegou-se ao entendimento de responsabilização por atos que, embora lícitos, ferissem a esfera jurídica do administrado.

Com efeito, esse avanço se deveu à invocação de princípios de direito público mais coadunados com os interesses em questão, passando a matéria de responsabilidade extracontratual do Estado a ser disciplinada pelo Direito Administrativo.

O fundamento para a responsabilidade objetiva encontra-se no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. De acordo com esse princípio, deve haver uma repartição igualitária entre os benefícios e os prejuízos advindos das atividades da administração entre os administrados. Nesse sentido, trago à colação ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelos demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público.¹³

Tal norma consiste também em fundamento para as hipóteses de responsabilização do Estado mesmo em virtude de condutas lícitas da administração, que, objetivando beneficiar toda a coletividade, causarem dano a particular. Aqueles que defendem tal hipótese argumentam que a todos devem ser repartidos os prejuízos ocasionados pela atividade estatal, não devendo ficar a cargo somente de um ou alguns particulares.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.551.

Ademais, o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais também serviu de base para a criação da *Teoria do Risco Administrativo*. A referida teoria visualiza a atividade estatal como uma atividade de risco, em virtude de a mesma encontrar-se revestida de inúmeras prerrogativas inerentes à sua dimensão e autoridade que a possibilitam invadir a esfera privada dos particulares de maneira ofensiva, sem que estes possam se esquivar. Desse modo, a Administração, através do erário, deve suportar os riscos de sua atividade e responder objetivamente pelos danos que causar aos administrados.

1.2 Responsabilidade Extracontratual do Estado no ordenamento jurídico pátrio

A responsabilidade extracontratual estatal está prevista no § 6º do artigo 37 da Constituição de 1988, conforme transcrição a seguir, *in verbis*:

Art. 37:
[...]

§ 6º: As pessoas 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 e culpa.

Há, no referido preceito constitucional, a consolidação da responsabilidade objetiva, já erigida anteriormente pela Constituição de 1946. A principal inovação desse dispositivo se encontra na ampliação do leque de sujeitos passíveis de responsabilização, ao prever que as pessoas de direito privado prestadoras de serviço público também responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros.

Em verdade, no direito pátrio, a tese da irresponsabilidade estatal nunca foi acolhida. Mesmo antes de haver uma regulamentação expressa sobre o assunto, leis esparsas já reconheciam o conceito de responsabilidade estatal.

Sobre o assunto, a primeira Constituição brasileira (1824) dispunha em seu artigo 178, nº 28 que “os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e

omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis a seus subalternos”.

Não obstante a norma *supra* indicar a responsabilização pessoal dos funcionários, entendia-se que essa responsabilidade era solidária entre agente e administração, culminando tal avanço com a edição do Código Civil de 1916, que estabelecia, em seu artigo 15, *in verbis*:

Art. 15. A pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano.

Observa-se que a responsabilidade erigida à época da vigência do dispositivo era a responsabilidade subjetiva, em razão de se exigir que a conduta seja praticada de modo contrário ao direito (atos ilícitos) ou faltando a dever prescrito em lei.

Outrossim, a responsabilidade subjetiva permaneceu no ordenamento jurídico pátrio nas Constituições de 1934 e 1937, desaparecendo na Carta Magna de 1946 para dar lugar ao conceito de responsabilidade objetiva, cujas bases foram mantidas pela Constituição de 1988.

Apesar de o texto constitucional vigente, através do já citado § 6º do art. 37, impor a tese da responsabilidade independente de culpa, suficientes a presença da conduta do agente estatal e o nexos causal entre esta e o dano ao particular, parte da doutrina defende, em alguns casos, a necessidade de *culpa* para a configuração da responsabilidade estatal.

Nesse diapasão, comumente, a doutrina especializada no assunto¹⁴ erige duas situações distintas em que resta configurada a responsabilidade do Estado: a) dano causado por atos comissivos estatais e b) hipótese em que a lesão ao particular advém de atos omissivos, em que o Estado, devendo atuar, não o fez.

A primeira assertiva se refere às situações em que o próprio Estado, valendo-se de sua capacidade de ingerência na vida dos particulares, ocasiona o dano, seja através de conduta ilícita, seja por meio de ato que, embora legítimo, cause gravame a algum ou a alguns membros da coletividade. Nesse caso, não há dúvidas de que a responsabilidade é objetiva,

¹⁴ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2008).

independente de culpa, de modo a atender o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.

A segunda hipótese pressupõe uma omissão do Estado diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano. Nota-se que tais situações se coadunam à teoria da falta do serviço, ou culpa do serviço, mencionada anteriormente. De acordo com a referida teoria, há falta do serviço a ensejar responsabilidade do Estado quando o serviço público não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou tardiamente.

Conforme já explicitado, entende-se que, nesses casos, a configuração da responsabilidade estatal depende da aferição de *culpa*, de modo que se estaria diante de responsabilidade *subjetiva*, e não *objetiva*. Verberando tal posicionamento, leciona Bandeira de Mello:

Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar o evento lesivo. [...] Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*. E, sendo responsabilidade por *ilícito*, é necessariamente responsabilidade subjetiva.¹⁵ (grifo do autor)

À guisa de ilustração, vale trazer à colação o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, que já pacificou entendimento sobre o assunto:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ANIMAL QUE SE ENCONTRAVA EM RODOVIA ESTADUAL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA AFASTADA.

1. Há responsabilidade subjetiva do Estado que, por omissão, deixa de fiscalizar rodovia estadual com trânsito frequente de animais, contribuindo para a ocorrência do acidente.

2. É inadmissível o recurso especial se a análise da pretensão da recorrente demanda o reexame de provas (Súmula nº 07/STJ).

3. Tendo o Tribunal *a quo* enfrentado e decidido as questões suscitadas pelas partes, com adequada fundamentação, não há omissão ou negativa de prestação jurisdicional.

4. Inexiste sucumbência recíproca se a condenação por danos morais tiver sido fixada em montante inferior ao pleiteado na inicial.

5. Recurso especial conhecido e não provido.¹⁶ (grifo nosso)

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 997.

¹⁶ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1173310/RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, Julgamento em 16 mar. 2010, DJU 24 mar. 2010.

Defende-se, portanto, em sede de responsabilidade extracontratual estatal no ordenamento jurídico pátrio, a teoria da *responsabilidade objetiva* nas hipóteses de atos comissivos estatais bem como a necessidade de comprovação do elemento genérico *culpa* nos danos advindos de omissão do serviço público, a caracterizar a *responsabilidade subjetiva*.

1.3 Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais

De primeiro, cumpre observar que o serviço judiciário consiste em modalidade de serviço público, tendo em vista este não se referir apenas ao serviço administrativo, como se costuma imaginar, mas também ao serviço legislativo e judiciário.

Em se tratando o serviço judiciário de uma espécie de serviço público, é admissível, portanto, que aquele, quando danoso, enseje a responsabilização estatal, assim como qualquer outra modalidade de serviço público.

Destarte, importante para a compreensão do presente estudo se faz a distinção entre os atos oriundos do Poder Judiciário. De acordo com a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, os atos *judiciários* são aqueles atos administrativos de apoio ao Judiciário, diversos dos atos *jurisdicionais*, estes sim, peculiares ao exercício de sua função.¹⁷

Prossegue Carvalho Filho que “no que concerne aos atos administrativos (ou judiciários), incide normalmente sobre eles a responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que, é lógico, presentes os pressupostos de sua configuração”.¹⁸

Já em relação aos atos jurisdicionais, há divergência doutrinária sobre a possibilidade de responsabilização estatal nos moldes do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, fato que reflete na relutância da jurisprudência pátria em proferir decisões nesse sentido. Prevalece, ainda, o entendimento de que o Estado não poderá ser responsabilizado por eventuais danos decorrentes da atividade jurisdicional além dos casos expressamente previstos em lei.

¹⁷ CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p.514.

¹⁸ *Ibid.*, p. 515.

1.3.1 Argumentos e contra-argumentos da irresponsabilização do Estado-juiz

Aqueles que não admitem a tese da responsabilidade objetiva em decorrência dos atos praticados pelos magistrados no exercício de suas funções o fazem utilizando os seguintes argumentos: a) soberania do Poder Judiciário; b) recorribilidade dos atos jurisdicionais e c) incontestabilidade da coisa julgada.

A afirmação de que o Poder Judiciário é soberano consiste em afronta aos ditames do Estado Democrático de Direito, pois a soberania é una e inerente ao Estado, pressupondo a inexistência de nenhuma ordem jurídica acima dele.

Em verdade, o Poder Judiciário deve subordinação à ordem jurídica democrática, não se apresentando um *superpoder*, acima dos demais (Legislativo e Executivo). De fato, os três poderes não são soberanos, e sim, autônomos; soberana é a República Federativa do Brasil perante os outros Estados internacionais.

Os magistrados, embora se constituam agentes políticos, dotados de *status* diferenciado dos outros agentes públicos, não podem se valer dessa condição para se furtar de responder por suas condutas danosas, sob o argumento da soberania do poder a que estão vinculados.

O segundo argumento a favor da irresponsabilização do Poder Judiciário diz respeito à recorribilidade dos atos jurisdicionais, consagrada pelo sistema do duplo grau de jurisdição. De acordo com esse preceito, garantido constitucionalmente, a parte tem direito a recorrer de decisão que julgue apresentar-se em desacordo com os fatos e o direito presentes no caso concreto.

Não obstante a referida possibilidade de revisão da decisão proferida, admite-se a situação em que a decisão do magistrado cause prejuízo irreparável à parte, hipótese na qual se defende o ressarcimento, pelo Estado, do prejuízo do particular, mesmo que a decisão já tenha sido reformada por órgão superior.

Por fim, passa-se à análise do argumento da incontestabilidade da coisa julgada como fundamento para a irresponsabilização do Poder Judiciário. De acordo com tal

entendimento, a coisa julgada gera como efeito a imutabilidade da decisão, logo, não se pode admitir o ressarcimento diante de eventual prejuízo causado por ela.

É certo que, embora seja este o argumento mais consistente, não se pode conceber, à luz do Estado Democrático de Direito, que a injustiça configurada pelo não ressarcimento de um dano se sobreponha à segurança jurídica, gerada pela imutabilidade da coisa julgada.

Em verdade, espera-se daqueles que compõem a justiça pátria a realização de uma interpretação através do sopesamento entre esses valores e a busca de uma solução que atenda aos interesses desprotegidos, e não a mera irresponsabilização do ente causador do dano.

Entende-se que a condenação do Estado em reparar os prejuízos advindos dos atos judiciais não impõe, necessariamente, a necessidade da modificação da decisão, de tal sorte que essa pode continuar a valer entre as partes. Dessa forma, os interesses do lesado são atendidos e a decisão não perde o seu valor.

1.3.2 Compreensão da matéria no âmbito do Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, órgão cuja função precípua é servir de guardião da Constituição, assentou entendimento no sentido da impossibilidade da responsabilização objetiva do Estado em decorrência de atos jurisdicionais, com exceção dos casos previstos em lei, consoante o julgado abaixo:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. ART. 5º, LXXV, 2ª PARTE. ATOS JURISDICIONAIS. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. O Supremo Tribunal Federal já assentou que, salvo os casos expressamente previstos em lei, a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos de juízes.

3. Prisão em flagrante não se confunde com erro judiciário a ensejar reparação nos termos da 2ª parte do inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal.

4. Incidência da Súmula STF 279 para concluir de modo diverso da instância de origem.

5. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. Precedentes.

6. Agravo Regimental improvido.¹⁹ (grifo nosso)

Não obstante tal entendimento, em julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 518278-9, impetrado perante a Suprema Corte, o Ministro Eros Grau dispôs que se trata o magistrado de um agente político e, em razão disso, não deve ser responsabilizado pessoalmente por danos decorrentes do exercício de suas funções, reconhecendo a aplicação do § 6º do art. 37 aos atos de juízes, conforme o que se segue:

[...] O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 228.977, Relator o Ministro Néri da Silveira, fixou entendimento no sentido de que os agentes políticos **não agem em nome próprio, mas em nome do Estado, exercendo função eminentemente pública, de modo que não há como lhes atribuir responsabilidade direta por eventuais danos causados a terceiros no desempenho de suas funções.**

Assentou, ainda, que o **texto constitucional não restringiu a responsabilidade do Estado aos atos praticados pelos funcionários públicos como na Carta anterior, mas consignou o termo agente - gênero do qual é espécie o agente político - abarcando, assim, os atos praticados por todos os agentes públicos.**²⁰ (grifo nosso)

De acordo o referido ministro, a Suprema Corte não reconhece a responsabilização pessoal do magistrado por danos advindos do exercício de suas funções, tendo em vista se tratar de um agente político, investido de plena liberdade funcional no desempenho de suas atividades.

Por outro lado, o Ministro entende que confere ao lesado a opção de pleitear seu ressarcimento perante a Fazenda Pública, consentindo com a aplicação do § 6º do art. 37 aos agentes políticos. Nessa esteira, há de se concluir que a responsabilidade objetiva do Estado se aplica também aos atos de juízes.

Corroborando tal opinião, trago à colação trecho do voto do Relator Ministro Néri da Silveira, no Recurso Especial n. 228.977, cujo teor acata a aplicação da tese da responsabilidade objetiva em relação aos atos jurisdicionais:

[...] Com efeito, o magistrado, ao outorgar a prestação jurisdicional, atuou em nome do Estado-Juiz, exercendo a atribuição que lhe fora imposta constitucionalmente. Do mesmo modo, ao presidir a solenidade de diplomação dos candidatos eleitos em 1992, o MM. Juiz de Direito se manifestou como autoridade pública (agente político), razão pela qual não poderia ter sido diretamente acionado pelo postulante.

¹⁹ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 553637-8, Relatora Ministra Ellen Gracie, Julgamento em 04 ago. 2009. DJU 25 set. 2009.

²⁰ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 518278-9, Relator Ministro Eros Grau, Julgamento em 31 mar. 2009.

Ora, o § 6º do art. 37 é expreso ao estabelecer que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo e culpa.

O texto constitucional não restringiu a responsabilidade do Estado aos atos praticados pelos funcionários públicos como na carta anterior, mas consignou o termo agente - gênero do qual é espécie o agente político, abarcando, assim, os atos praticados por todos os agentes públicos.

Desse modo, em consonância com o comando constitucional, o postulante deveria ter ajuizado a ação em face da Fazenda Estadual - responsável pelos eventuais danos causados pela autoridade ao exercer suas atribuições - a qual, posteriormente, teria assegurado o direito de regresso contra o responsável nas hipóteses de dolo ou culpa.²¹ (grifo nosso)

Portanto, de acordo com os Ministros acima citados, aquele que tem direito seu lesado por ato de magistrado deve pleitear a reparação do dano perante a Fazenda Pública, em consonância com o que postula o mandamento constitucional da responsabilidade objetiva do Estado (§ 6º do art. 37).

Outra hipótese de responsabilização do Estado por atos de seus juízes diz respeito ao *erro judiciário*, consagrado no inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal, nos termos do qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

A respeito, cita-se o art. 621 do Código de Processo Penal²², que prevê a ação de revisão criminal, competente para desconstituir sentença criminal maculada por erro judiciário. Nesse sentido, o art. 630 do mesmo diploma dispõe que “O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”.

Cumprido destacar que a jurisprudência pátria vinha suscitando dúvidas no que se refere à compatibilização dos dispositivos acima citados com o § 6º do art. 37, que trata da responsabilidade objetiva do Estado. Defendiam alguns se tratar a hipótese de

²¹ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Especial n. 228.977, Relator Ministro Néri da Silveira, Julgamento em 05 mar. 2002, DJU 14 abril. 2002.

²² **Art. 621 do Código de Processo Penal** - A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expreso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

responsabilização do Estado por erro judiciário condicionada à aferição de culpa ou dolo do magistrado que proferiu a decisão.

Em sede de Recurso Extraordinário, a matéria foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal, que fixou entendimento no sentido de que não há a exigência da comprovação de dolo ou culpa do magistrado para o erro ser indenizado, tratando-se, portanto, de responsabilidade objetiva, consoante o que se segue:

Erro judiciário. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. CF, art. 5º, LXXV. C. Pr. Penal, art. 630. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto no art. 5º, LXXV, da Constituição, já era previsto no art. 630 do C. Pr. Penal, com a exceção do caso de ação penal privada e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. **A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Lei Fundamental: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual e, manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. O art. 5º, LXXV, da Constituição: é uma garantia, um mínimo, que nem impede a lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público da Justiça.** ²³ (grifo nosso)

Definidas as balizas da responsabilidade extracontratual do Estado, inclusive no que concerne aos atos jurisdicionais, passa-se a defender a responsabilização do Estado por danos decorrentes do *decisionismo* e da *morosidade na prestação da tutela jurisdicional*, iniciando com um breve estudo acerca da prática do decisionismo.

²³ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Especial n. 505.393, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Julgamento em 26 jun. 2007, DJU 05 out. 2007.

2 DECISIONISMO

Abordar-se-á o fenômeno do decisionismo, consagrado pela doutrina do jurista alemão Carl Schmitt, um dos maiores especialistas em Direito Constitucional do Mundo. Em seguida, realizar-se-á um estudo acerca da prática do decisionismo no Poder Judiciário pátrio, valendo-se de decisões que ilustram tal fenômeno.

Não obstante se tratar de um grande jurista, a obra de Carl Schmitt sofreu muito preconceito em virtude de o mesmo ainda hoje ser conhecido como um dos grandes teóricos do Nazismo. De fato, desenvolveu uma crítica veemente ao liberalismo e ao sistema democrático parlamentar alemão anterior ao regime de exceção, integrando os quadros do partido nazista entre 1933 e 1936.²⁴

Em sua defesa, o referido jurista, ao ser julgado e absolvido no Tribunal de Nuremberg, afirmou que o *Führer* foi oportunista ao aproveitar-se de sua teoria decisionista, interpretando-a de forma racista e anti-semita.²⁵

Em sua teoria, Carl Schmitt defende que o fundamento do ordenamento jurídico e das normas jurídicas se encontra na decisão soberana. Segundo ele, “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”.²⁶ Sobre o conceito de soberania e de estado de exceção, prossegue o autor, conforme abaixo:

Discute-se sobre a aplicação concreta, isto é, discute-se sobre quem decide no caso de conflito e em que consiste o interesse público ou estatal, a segurança e a ordem estatal, *le salut public*, etc. O caso excepcional, o caso não descrito na ordem jurídica vigente pode ser, no máximo, caracterizado como caso de extrema necessidade, como risco para a existência do Estado ou similar, mas não ser descrito com um pressuposto legal. [O soberano] decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como sobre o que se deve fazer para saná-lo. O soberano se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigente, porém a ela

²⁴ RODRIGUES, C. M. **Apontamentos sobre o pensamento de Carl Schmitt: Um intelectual nazista.** Saeculum – Revista de História, João Pessoa, n. 12, p.76 a 94, jan./jun. de 2005. Disponível em: <http://professormota.yolasite.com/resources/Apontamentos%20sobre%20o%20Pensamento%20de%20Carl%20Schmitt%20-%20um%20intelectual%20nazista%20-%20C%C3%A2ndido%20Moreira%20Rodrigues.pdf> Acesso em: 22 abril 2010, às 12h30min.

²⁵ SILVEIRA E SILVA, F. **O Decisionismo de Carl Schmitt e sua relação com a discricionariedade e a medida provisória.** Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 36-43, out/dez 2007. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/945>. Acesso em: 25 abril 2010, às 10h15min.

²⁶ SCHMITT, Carl. **Teologia Política.** Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luís Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.7.

pertence, pois ele é competente para a decisão se a Constituição pode ser suspensa *in toto*.²⁷

Na perspectiva prática, uma jurisprudência que se orienta em questões da vida cotidiana e nos negócios correntes não tem interesse na soberania. Também, para ela, o normal é aquilo que é reconhecível, sendo todo o resto um "incômodo". Diante do caso extremo, ela fica perplexa, pois nem toda competência extraordinária, nem toda medida de polícia no caso de necessidade ou decreto-lei considera-se estado de exceção. Ao contrário, **para isso precisa-se de uma competência, a princípio, ilimitada, ou seja, a suspensão de toda a ordem existente. Entrando-se nessa situação, fica claro que, em detrimento do Direito, o Estado permanece. Sendo o estado de exceção diferente da anarquia e do caos, subsiste, em sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não uma ordem jurídica. A existência do Estado mantém, aqui, uma supremacia indubitável sobre a validade da norma jurídica. A decisão liberta-se de qualquer vínculo normativo e torna-se absoluta em sentido real.**²⁸ (grifo nosso)

A teoria de Carl Schmitt ia de encontro ao pensamento positivista de Hans Kelsen. Este último, ao desenvolver a intitulada Teoria Pura do Direito, visualizava o ordenamento jurídico como uma pirâmide, em que as normas de hierarquia inferior teriam seu fundamento nas normas imediatamente superiores, e assim sucessivamente, até se chegar ao topo da pirâmide, onde se encontra a norma hipotética fundamental, como fundamento de toda a ordem jurídica e do Estado de Direito.

Deste modo, enquanto que, para Hans Kelsen, o fundamento de todo o ordenamento jurídico consiste na norma hipotética fundamental, para Schmitt, encontrava-se na decisão soberana:

Na realidade concreta, a ordem e a segurança pública se colocam de forma bem diversa, conforme uma burocracia militarista, uma administração dominada por espírito mercantilista ou uma organização partidária radical decida quando existe essa ordem e segurança, e quando ela está ameaçada ou é perturbada, **pois toda ordem repousa em uma decisão.** Também, o conceito de ordem jurídica, aplicado irrefletidamente como algo óbvio, contém, em si, a contradição dos dois elementos diversos do âmbito jurídico. **A ordem jurídica, como toda ordem, repousa em uma decisão e não em uma norma.**²⁹ (grifo nosso)

Ao garantir que a ordem jurídica não deve se basear numa norma consensual, e sim na decisão do soberano, Schmitt põe a política em prioridade ao Direito. Para ele, a ordem e a segurança pública, em situações de exceção, devem ser decididas pelo Estado soberano, utilizando institutos como a lei marcial e o estado de sítio.

²⁷ SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luís Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.8.

²⁸ *Ibid.*, p.12-13.

²⁹ *Ibid.*, p.10-11.

Nesse sentido, o constitucionalista alemão, ao estabelecer uma comparação entre o *normativismo* e o *decisionismo*, critica o regime democrático trazido pela Constituição de Weimar, surgida na Alemanha após a derrota na 1ª Guerra Mundial:

Enquanto que o puro normativista pensa em regras impessoais e o decisionista realiza, em uma decisão pessoal, o bom direito da situação política corretamente avaliada, o pensamento jurídico institucional desenvolve-se em instituições e configurações suprapessoais. E, enquanto o normativista, na sua degeneração, faz do Direito um simples modo funcional de uma burocracia estatal e o decisionista sempre corre o perigo de, com a funcionalidade do momento, errar o ser que repousa em todo grande movimento político, um pensamento institucional isolado leva ao pluralismo de um crescimento feudal, sem soberania. De forma que as três esferas e elementos da unidade política - Estado, movimento, povo - podem ser agregados aos três tipos de pensamento jurídico, tanto nas suas formas saudáveis como degeneradas de manifestação. O chamado positivismo e normativismo da teoria de Estado alemã do tempo de Weimar e de Wilhelm é somente um normativismo degenerado e, em si, contraditório - porque, em vez de fundamentado sobre um Direito Natural ou da razão, vincula-se a normas "válidas" somente faticamente -, somado a um positivismo que era somente um decisionismo degenerado, juridicamente cego, mantido conforme a "força normativa de âmbito fático", em vez de em uma decisão real. A mescla configurada e incapaz de conformação não estava à altura do sério problema estatal e jurídico-constitucional. Esta época final da Teoria do Estado alemã caracteriza-se por ficar devendo a resposta jurídico-estatal ao caso decisivo, a bem dizer, a resposta ao conflito constitucional prussiano com Bismarck, e, por conseguinte, também a resposta a todos os demais casos decisivos. Para desviar da decisão, ela estampa, para tais casos, uma frase que remete a si própria e que ela carrega como lema: "Aqui termina o Estado de Direito."³⁰

Feitas estas observações, cumpre realizar uma analogia entre a teoria decisionista de Carl Schmitt e as decisões do Poder Judiciário brasileiro, guardadas as devidas proporções.

Infelizmente, não é raro deparar-se, na justiça pátria, com decisões jurisdicionais proferidas de modo soberano, arbitrário, sem a realização de uma dialética processual entre as partes envolvidas, chegando-se o julgador ao deslinde da questão somente através de suas convicções e preconceitos.

Tais decisões refletem total decisionismo dos magistrados, visto que são prolatadas sem nenhuma fundamentação, ou com fundamentação de total incoerência, como se a relação processual fosse composta apenas pelo juiz, sujeito soberano, na medida em que julga sem levar em consideração os aspectos sociológicos e morais do caso concreto.

Destarte, essas situações ferem frontalmente os ditames do Estado Democrático de Direito, em virtude de não prezarem pela observância aos direitos e garantias

³⁰ SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luís Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.5.

constitucionalmente instituídos do acesso à justiça (inciso XXXV do art. 5^a) e da fundamentação das decisões judiciais (inciso IX do art. 93), conforme passa a expor a seguir.

2.1 Decisionismo como violação às garantias do acesso à justiça e da fundamentação das decisões judiciais

Prima facie, impende demonstrar de que modo a prática do decisionismo consiste em violação às garantias do *acesso à justiça* (inciso XXXV do art. 5^a da CF) e da *fundamentação das decisões judiciais* (inciso IX do art. 93 da CF).

No Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça se reflete não só na provocação do Poder Judiciário pelo cidadão, ao exercer o direito de ação, mas, acima de tudo, dele obter uma correta apreciação do litígio apresentado, com a observância do princípio do contraditório e demais princípios norteadores do processo. O magistrado deve atuar como sujeito processual imparcial, invocando a presença das partes na realização de uma rica dialética em busca de comporem o melhor argumento para o caso concreto.

Deste modo, não pode se valer o juiz de seu “poder” constitucionalmente atribuído para exercer a jurisdição de maneira arbitrária, como se a toga lhe conferisse prerrogativas suficientes para ele consistir no único sujeito pensante da lide, de sorte a anular o papel das partes na relação processual.

Nessa esteira, assim como a morosidade processual, o decisionismo é fenômeno que obsta a efetividade da jurisdição, eis que muitas vezes “as respostas que (os cidadãos) recebem não passam de veredictos tardios e totalmente infundados, um mero decisionismo que agride frontalmente os princípios da igualdade de oportunidade e da dignidade social”.³¹

Em referência à prática do decisionismo como violação aos direitos fundamentais, cumpre relembrar que a fundamentação das decisões judiciais é garantia constitucional

³¹ SAMPAIO, J. A. L.; VITÓRIO, T. B. da S.; CRUZ, S. C. **A violação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito em face do Decisionismo e da Morosidade processual: Uma investigação à luz da doutrina de Jürgen Habermas.** Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/jose_adercio_leite_sampaio.pdf. Acesso em: 14 abril 2010, às 15h.

prevista no inciso IX do artigo 93. Tal norma elenca os princípios que devem nortear a elaboração do Estatuto da Magistratura, por consequência, aqueles que devem orientar o próprio exercício da jurisdição, consoante abaixo, *in verbis*:

Art. 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (grifo nosso)

Com efeito, o ordenamento jurídico, ao impor a obrigatoriedade de fundamentação de *todas* as decisões, como elemento de validade para os atos judiciais, pretendeu evitar abusos e arbitrariedades porventura cometidos pelos magistrados no exercício de suas funções.

Ora, ao contrário dos outros Poderes, em que os membros políticos, em sua maioria, são eleitos por voto popular, no Judiciário, os magistrados são selecionados quase sempre através de Concurso Público de Provas e Títulos, de sorte que a fundamentação das decisões é fator imprescindível, legitimador de seus atos. Neste particular, constata-se que tal dever não decorre unicamente de força da norma constitucional, mas, acima de tudo, consiste em um dever ético, político e jurídico.

Diante disso, concluímos que uma decisão sem fundamentação ou fundamentada de modo incoerente, parcial, em que o juiz deixa-se levar pelos seus preconceitos e convicções políticas e filosóficas, revela total decisionismo, não cumprindo com sua função constitucionalmente prevista de realização de justiça.

2.2 Exemplos de decisões com viés decisionista

Casos em que os magistrados atuam de forma arbitrária, proferindo decisões teratológicas, infelizmente, não são raros no Poder Judiciário pátrio. Nessa esteira, trago à colação alguns exemplos que ilustram tal situação:

- a) O jogador Richarlyson, do São Paulo Futebol Clube, ajuizou, em julho de 2007, perante o juiz da 9ª vara criminal de São Paulo, Manoel Maximiano Junqueira Filho, queixa-crime contra o diretor administrativo do Palmeiras, José Cyrillo Jr., que, segundo o querelante, insinuou que o atleta era homossexual em um programa de TV. Segue abaixo trechos da sentença do magistrado, negando seguimento à referida queixa-crime:

Em nenhum momento o querelado apontou o querelante como homossexual. Se o tivesse rotulado de homossexual, o querelante poderia optar pelos seguintes caminhos: **A** – não sendo homossexual, a imputação não o atingiria e bastaria que, também ele, o querelante, comparecesse no mesmo telegrama televisivo e declarasse ser homossexual e ponto final; **B** – **se fosse homossexual, poderia admiti-lo, ou até omitir, silenciar a respeito. Nesta hipótese, porém, melhor seria que abandonasse os gramados...** Quem é, ou foi, BOLEIRO, sabe muito bem que estas infelizes colocações exigem réplica imediata, instantânea, mas diretamente entre o ofensor e o ofendido, num ‘TÊTE-À-TÊTE’. **Trazer o episódio à Justiça, outra coisa é senão dar dimensão exagerada a um fato insignificante, se comparado à grandeza do futebol brasileiro. [...] Já que foi colocado, como lastro, este Juízo responde: futebol é jogo viril, varonil, não homossexual.** Há hinos que consagram esta condição: ‘Olhos onde surge o amanhã, radioso de luz, varonil, segue sua senda de vitórias...’ **Essa situação, incomum, do mundo moderno, precisa ser rebatida... [...] Não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo. Mas, forme seu time e inicie uma Federação. Agende jogos com quem prefira pelejar contra si. [...] O que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal...Para não se falar no desconforto do torcedor, que pretende ir ao estádio, por vezes com seu filho, avistar o time do coração se projetando na competição, ao invés de perder-se em análises do comportamento deste, ou daquele atleta, com evidente problema de personalidade, ou existencial. [...] Precisa, a propósito, estrofe popular, que consagra: “CADA UM NA SUA ÁREA, CADA MACACO EM SEU GALHO, CADA GALO EM SEU TERREIRO, CADA REI EM SEU BARALHO”. É assim que eu penso... e porque penso assim, na condição de Magistrado, digo!** (grifo nosso)³²

Identifica-se, na referida sentença, inúmeros afrontas aos direitos e garantias elencados na Constituição Federal de 1988. Para iniciar, a flagrante discriminação em razão da opção sexual do querelante, que se infere ao longo de toda a sentença, a exemplo de

³² SÃO PAULO, 9ª vara criminal da Comarca de São Paulo, Processo nº 936-07, Juiz Manoel Maximiano Junqueira Filho, Julgamento em 05 julho 2007.

quando o juiz aconselha o jogador, em sendo homossexual, a abandonar os gramados, como também quando argumenta ser o futebol “jogo viril, não homossexual”. O referido magistrado parece desconhecer o que prescreve o inciso IV do artigo 3º da Carta Magna de 1988, *in verbis*:

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.** (grifo nosso)

Há também, na decisão em questão, violação à garantia do acesso à jurisdição, à medida que o juiz caracteriza como “insignificante” a pretensão do querelante, questionando o porquê do mesmo ter trazido o referido caso à justiça, fazendo mau juízo dos direitos do atleta em tela.

Por fim, constata-se ainda na sentença *supra* ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que é evidente o prejuízo moral e material que a decisão pode trazer ao atleta, fato a ensejar indenização do Estado, assegurado o direito de regresso ao magistrado em questão.

O posicionamento do Juiz Manoel Maximiano acima destacado foi alvo de inúmeras críticas pela sociedade, recebendo ampla divulgação em jornais, revistas e na *internet*.

A propósito, o Tribunal de Justiça de São Paulo instaurou investigação disciplinar contra o juiz, entendendo que este agiu com impropriedade absoluta de linguagem na sentença. Posteriormente, condenou o magistrado a pena de censura. Com esta pena, o juiz perde o direito à promoção por merecimento pelo prazo de um ano.

b) O Juiz de Direito Edilson Rumbelsperger Rodrigues, titular da 1ª Vara Criminal e Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Sete Lagoas/MG, negou vários pedidos de medidas contra homens que agrediram e ameaçaram suas companheiras, por considerar a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) inconstitucional, negando a vigência da lei em sua comarca, que abrange oito municípios e cerca de 250 mil habitantes. Trago abaixo trechos de uma dessas decisões:

[...] **Esta “Lei Maria da Penha” — como posta ou editada — é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é anti-ética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta.**

Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher — todos nós sabemos — mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem.

[...] O mundo é masculino! A idéia que temos de Deus é masculina! Jesus foi Homem! Á própria Maria — inobstante a sua santidade, o respeito ao seu sofrimento (que inclusive a credenciou como “advogada” nossa diante do Tribunal Divino) — Jesus ainda assim a advertiu, para que também as coisas fossem postas cada uma em seu devido lugar: “que tenho contigo, mulher!?”.

E certamente por isto a mulher guarda em seus arquétipos inconscientes sua disposição com o homem tolo e emocionalmente frágil, porque foi muito também por isso que tudo isso começou.

A mulher moderna — dita independente, que nem de pai para seus filhos precisa mais, a não ser dos espermatozóides — assim só o é porque se frustrou como mulher, como ser feminino. Tanto isto é verdade — respeitosamente — que aquela que encontrar o homem de sua vida, aquele que a complete por inteiro, que a satisfaça como ser e principalmente como ser sensual, esta mulher tenderá a abrir mão de tudo (ou de muito), no sentido dessa “igualdade” que hipocritamente e demagogicamente se está a lhe conferir. [...]

A Lei em exame, portanto, é discriminatória. E não só literalmente como, especialmente, em toda a sua espinha dorsal normativa.

O art. 2º diz “Toda mulher (...)”. Por que não o homem também, ali, naquelas disposições? O art. 3º diz “Serão assegurados às mulheres (...)”. Porque não ao homem também? O parágrafo 1º do mesmo art. 3º diz “O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares (...)” (grifei). Mas porque não dos homens também? (grifo nosso)³³

O magistrado, em sua decisão, manifesta atitude discriminatória e desrespeitosa à figura da mulher, considerada causadora da “desgraça humana”, a qual deveria se colocar “no seu devido lugar”. O referido pronunciamento revela flagrante violação aos ditames éticos e humanos do Estado Democrático de Direito, bem como aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre os sexos.

Munido de argumentos religiosos, o juiz proferiu decisão arbitrária, baseada somente em suas convicções e preconceitos, não realizando sua função constitucionalmente instituída de promover a efetiva solução dos conflitos. Em verdade, preferiu expor sua indignação contra a Lei Maria da Penha, considerada por ele “herética e inconstitucional”, a resolver a situação de inúmeras mulheres que pleitearam na justiça a cessação de agressões dos seus respectivos companheiros.

Com o intuito de rever a decisão do magistrado, o pleno do Conselho Nacional de Justiça aprovou, em 18 de setembro de 2009, por unanimidade, a instauração de Processo Administrativo Disciplinar, de n. 200910000053701, contra a posição do referido juiz,

³³ MINAS GERAIS, 1ª Vara Criminal e Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Sete Lagoas. Processo nº 222.942-8/06, Juiz Edilson Rumbelsperger Rodrigues. Julgamento em 12 fev. 2007.

considerando-a ofensiva aos direitos da mulher e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Até o presente momento, o processo ainda não foi julgado.

Para dar seguimento aos exemplos de decisões jurisdicionais marcadas pelo decisionismo, faz-se uma abordagem inicial acerca da deficiência de fundamentação de certos julgados, inclusive nas Cortes Superiores, embasadas na simples citação dos *princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade*, como se a invocação deles, por si só, já fosse argumentação suficiente para a resolução de qualquer litígio.

De primeiro, urge ressaltar que a correta utilização do princípio da *proporcionalidade*, em determinado caso concreto, necessita da verificação de três regras: *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

A *adequação* consiste no emprego de meio apto a alcançar o objetivo. A *necessidade* reflete a utilização do meio menos gravoso, a fim de promover a menor restrição possível aos direitos fundamentais envolvidos. Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* equivale à análise se essa medida adequada e necessária possui peso suficiente para a restrição dos direitos fundamentais que se pretende realizar.

Já o princípio da *razoabilidade* apresenta-se geralmente definido como a “compatibilidade entre os meios empregados pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins”.³⁴

Segundo Virgílio Afonso da Silva, proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos, pois, “enquanto aquela tem uma estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de suas três sub-regras (a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*), esta ou é um dos vários *topoi* dos quais o STF se utiliza, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins”.³⁵

Apesar de parte da doutrina fazer distinção entre os dois princípios, a maioria dos magistrados que compõem a justiça brasileira, de todas as instâncias, costuma invocá-los como sinônimos em suas decisões, muitas vezes, sem fundamentar corretamente, não explicando o porquê de sua utilização.

³⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. RT, v.798, p.23-50, abril/2002.

³⁵ *Ibid.*

Essa ausência de fundamentação revela uma distorção do novo método hermenêutico constitucional, que consiste no sopesamento entre os direitos e garantias fundamentais em colisão num determinado caso concreto, decidindo qual deles irá prevalecer. Os juízes, ao utilizarem tal método, costumam invocar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. No entanto, tal decisão deve ser bem fundamentada, sob pena de ser arbitrária e irracional.

Valendo-se, uma vez mais, dos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva, percebe-se que “em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, o ato deve ser considerado inconstitucional’”.³⁶

Ainda de acordo com o referido autor, os Tribunais Superiores pátrios, mais notadamente o Supremo Tribunal Federal, competente para decidir sobre matéria de natureza constitucional, utiliza-se de silogismos: primeiramente, parte da premissa maior de que a Constituição consagra o princípio da proporcionalidade; invoca a premissa menor segundo a qual o ato questionado não respeita essa exigência; chega à conclusão de que o ato questionado é inconstitucional.³⁷

Após esse breve comentário sobre a utilização do princípio da proporcionalidade nas cortes brasileiras, urge invocar decisão que ilustra tal situação, consoante o que se segue:

- c) Com fulcro no inciso XXXII do artigo 5º da Carta Magna de 1988 (proteção aos direitos do consumidor), o Estado do Paraná aprovou, em 1993, a Lei n. 10.248, que obrigava os revendedores de gás a pesar os botijões na frente do consumidor no momento da venda. A referida norma pretendia eliminar aquelas situações em que o botijão possuía variações no peso alegado pelo vendedor. A referida lei foi aprovada, obedecendo formalmente a todas as regras do procedimento legislativo. Contra esse diploma normativo, foi proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, alegando, genericamente, vícios de incompetência bem como ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Tal argumento foi aceito pelo STF, conforme voto do relator, o Ministro Octavio Gallotti, consoante abaixo:

³⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. RT, v.798, p.23-50, abril/2002.

³⁷ *Ibid.*

O ato normativo estadual ora impugnado padece da eiva de inconstitucionalidade formal e material, por regular matéria compreendida no regime jurídico federal de gás liquefeito de petróleo (GLP), notadamente no que concerne a relações comerciais entre as empresas distribuidoras do produto e seus consumidores finais, que a Carta Magna reservou a competência legislativa privativa da União [...] agindo o legislador local, aliás, com excesso de poder e arbitrariamente, **de modo a violar até mesmo o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, a que também o legislador deve estar adstrito.**

[...] A invasão da competência própria da União para regular a atividade comercial em apreço **também estará viciada pela irrazoabilidade do conteúdo da norma estadual impugnada.**³⁸ (grifo nosso)

O referido Ministro, em seu voto, acatou o argumento de vício de incompetência, em virtude da impossibilidade de lei estadual versar sobre a matéria, que seria competência da União.³⁹

Alegou ainda, embasado em parecer do *Inmetro*, ser inviável a utilização do mecanismo através do qual a lei estadual pretendeu inovar, dizendo que a imposição de balanças em todos os caminhões de distribuição e mão-de-obra necessárias à medição individual de cada recipiente iria onerar o custo do serviço e, conseqüentemente, elevar o preço do botijão de gás. Declarou, ainda, apresentarem-se instáveis as referidas instalações de controle de peso, de modo a não ser razoável a sua utilização.

Sobre essa perspectiva, entende-se, data vênia, não ser nenhum dos argumentos utilizados suficientes para retirar a proteção dos consumidores frente à pesagem dos botijões de gás, situação que, como é sabido, enseja muitas fraudes.

Constata-se que o referido Ministro, embora tenha acolhido a tese da autora de que houve ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e até os ter invocado em sua argumentação, não procedeu a uma análise profunda acerca da ponderação dos interesses que envolvem a questão: de um lado, o interesse público, através da proteção do consumidor, de outro, os interesses dos fornecedores de botijão de gás.

Ademais, pelo bem da sociedade, nada mais razoável do que a realização da pesagem correta dos botijões, de modo a serem justos os preços pagos pelo consumidor. Tal

³⁸ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADIn 855-2, Relator Ministro Octavio Gallotti, Julgamento em 06 mar. 2008, DJU 27 mar. 2009.

³⁹ É competência da União legislar sobre todo o ciclo de abastecimento do referido gás, bem como sobre suas condições de fornecimento e as relações entre fornecedores e consumidores, de acordo com o disposto no art. 22 da Constituição Federal de 1988.

situação deveria ser protegida pela Justiça em detrimento dos interesses dos comerciantes, de modo que estes é que deveriam arcar com os investimentos com as balanças, e não repassar ao consumidor, sob a devida fiscalização dos órgãos competentes.

Por fim, cumpre-nos relatar mais um exemplo de decisão do Poder Judiciário brasileiro eivada de decisionismo, consoante abaixo:

- d) A Juíza Adriana Sette da Rocha Raposo, da Vara Única do Trabalho de Santa Rita (PB), iniciou sua sentença no bojo do processo n. 01718.2007.027.13.00-6 ressaltando a essência “absoluta” dos magistrados, conforme trecho da decisão abaixo:

A liberdade de decisão e a consciência interior situam o juiz dentro do mundo, em um lugar especial que o converte em um ser absoluto e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material. A autonomia de que goza, quanto à formação de seu pensamento e de suas decisões, lhe confere, ademais, uma dignidade especialíssima. **Ele é alguém em frente aos demais e em frente à natureza; é, portanto, um sujeito capaz, por si mesmo, de perceber, julgar e resolver acerca de si em relação com tudo o que o rodeia. Pode chegar à autoformação de sua própria vida e, de modo apreciável, pode influir, por sua conduta, nos acontecimentos que lhe são exteriores.** Nenhuma coerção de fora pode alcançar sua interioridade com bastante força para violar esse reduto íntimo e inviolável que reside dentro dele. Destarte, com a liberdade e a proporcional responsabilidade que é conferida ao Magistrado pelo Direito posto, passa esse Juízo a fundamentar o seu julgado.⁴⁰ (grifo nosso)

Através desses exemplos de decisões teratológicas proferidas por magistrados, estabeleceram-se as premissas para a caracterização do decisionismo como prática condenável na Justiça pátria, dando ensejo a inúmeros prejuízos aos jurisdicionados.

⁴⁰ PARAÍBA, Vara Única do Trabalho da Comarca de Santa Rita. Processo nº 01718. 2007.027.13.00-6, Juíza Adriana Sette da Rocha Raposo. Julgamento em 21 set. 2007.

3 A MOROSIDADE NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ACESSO À JUSTIÇA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

De primeiro, constata-se que a demora do processo é defendida por muitos como necessária para um julgamento justo, resultado de um procedimento formado pelo concatenamento de atos obrigatórios a serem praticados pelo juiz, pelas partes e demais integrantes da lide, em observância ao princípio do devido processo legal.

Nesse sentido, é salutar que o processo seja conduzido sem pressa, a fim de que as partes possam formar o contraditório, sem o atropelo de nenhuma garantia constitucional, e que o magistrado possa formar seu convencimento e aplicar o bom direito.

No entanto, o presente estudo não se refere a essa morosidade “natural”, asseguradora do *duo process of law*, e sim à morosidade que reflete a excessiva e condenada demora na entrega da prestação jurisdicional, fenômeno há muito em evidência para todos que atuam ou necessitam da justiça brasileira, indo de encontro aos principais anseios da ordem jurídica democrática.

Como é cediço, a tardia solução dos conflitos apresenta-se como um dos grandes entraves ao bom andamento da justiça pátria. É comum as lides se eternizarem nos meandros judiciais, principalmente nos tribunais, à espera de uma sentença, da realização de alguma diligência ou de um simples despacho.

Com efeito, o provimento jurisdicional, nesses casos, não cumpre sua função de cessar, em tempo hábil, os conflitos apresentados ao Poder Judiciário, fulminando as garantias constitucionais da razoável duração do processo, do acesso à justiça e do devido processo legal.

Podem-se apontar algumas razões para esse fenômeno, como, por exemplo, a) o reduzido quadro de juízes e demais serventuários da justiça, denotando a inexistência de uma política judiciária do Estado capaz de coordenar a atuação do Poder Judiciário b) o grande número de recursos proporcionados às partes que terminam por retardar a resolução da lide, seja no campo cível ou criminal, refletindo o incurável formalismo processual c) a desídia do

magistrado, agindo culposa ou dolosamente, ou mesmo pela conjugação de todos esses fatores.

Em relação ao reduzido número de funcionários, verifica-se que o Estado-Juiz não acompanhou as transformações sociais acontecidas no final do século passado. Com o restabelecimento da ordem democrática e a crescente “onda” constitucionalista marcada pelo garantismo, e com o advento da nova Constituição do país, em 1988, os cidadãos tornaram-se mais conscientes dos seus direitos e deveres, ampliando, assim, o acesso à justiça, o que, por consequência, aumentou as demandas ao Judiciário.

No entanto, o quadro de funcionários da justiça, composto por magistrados e demais serventuários, não aumentou na mesma proporção, ocasionando um acúmulo de processos e inviabilizando a agilidade na prestação jurisdicional.

Esse aumento da demanda de ações sem a pronta resposta estatal possibilitou o surgimento de novas demandas com o objetivo de reparar os danos ocasionados pelo Estado em virtude desses casos de denegação de justiça.

Verifica-se que essa insuficiência no número de juízes e pessoal auxiliar, bem como no número de representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública, reflete a inexistência de uma política estatal de investimento na atuação do Poder Judiciário.

Em verdade, não se vislumbra um planejamento estatal para a correta aplicação das verbas, que deveriam ser destinadas não só a aumentar o número de funcionários, mas também a melhorar as instalações físicas dos fóruns e fomentar a utilização de inovações tecnológicas, a fim de propiciar uma melhora na eficiência da prestação do serviço judiciário.

Quanto à multiplicação de recursos disponíveis às partes como causa da morosidade, ressalta-se não se tratar este estudo de uma crítica ao princípio do duplo grau de jurisdição, de grande importância frente à falibilidade do juiz. Cumpre, outrossim, repreender os casos não raros em que a parte recorre das decisões com manifesto propósito protelatório, atrasando o ritmo da marcha processual e impedindo uma tutela rápida e eficaz.

Destarte, é notório o total descompasso entre o procedimento recursal disposto no Código de Processo Civil brasileiro em vigor, elaborado em 1973, e as necessidades da sociedade moderna. Enquanto esta, marcada pelo dinamismo do século XXI, anseia por

soluções efetivas para os mais variados problemas em um espaço curto de tempo, o código encontra-se impregnado de formalismos desnecessários, impondo amarras ao juiz e às partes que impedem o bom andamento processual.

Em atenção a isso, está em fase de aprovação o anteprojeto do novo CPC brasileiro, matéria que será objeto do presente estudo posteriormente.

3.1 Os malefícios da Morosidade

Apresentada a problemática da morosidade, passa-se a avaliar seus reflexos na sociedade como um todo, bem como os malefícios causados às partes em litígio, nas esferas cível e penal.

De primeiro, importa dizer que um dos reflexos da lentidão processual consiste na tendência da majoração das desigualdades entre ricos e pobres. Em verdade, aqueles que dispõem de poucos recursos financeiros sentem-se à margem da Justiça, seja pela dificuldade espacial - em decorrência da falta de informação de não saber aonde buscá-la ou mesmo pela ausência de instituições judiciárias ao alcance de todos - seja pelo montante das custas processuais, que esse indivíduo não conseguirá suportar.

A propósito, a fama de morosa dada à justiça brasileira insere no meio social o sentimento de que a atividade jurisdicional só alcança os ricos, enquanto os pobres são relegados à própria sorte, o que acarreta, muitas vezes, a utilização de meios violentos para resolução de seus conflitos.

Diante disso, urge trazer à colação entendimento de Ivan de Oliveira Silva, estudioso do fenômeno da morosidade, no que se refere à conciliação, prática de grande valia para a economia processual, que, no entanto, pode ocasionar danos aos jurisdicionados:

Assim, no contexto social, o processo contaminado pela demora excessiva pode ser considerado mais um fator de exclusão de nichos sociais, porquanto, impõe ao indivíduo menos favorecido, em vários casos, a necessidade de aceitação de transações manifestamente prejudiciais a seus interesses. Vale dizer, em algumas ocasiões, uma das partes processuais, com vistas a evitar a solução tardia do litígio,

aceita barganhar seus interesses, para tão-somente evitar o ônus da demora imposta pelo pronunciamento do Judiciário.⁴¹

Além desses efeitos sociais, importante salientar os efeitos psicológicos causados às partes em razão da lentidão do processo. É notório que a demora “natural” dos litígios já impõe uma carga de sacrifícios ao jurisdicionado que se encontra sofrendo com uma ameaça ou restrição ao um direito seu bem como àquele que contra si tramita uma demanda judiciária.

Deste modo, a tardia resolução da lide só faz majorar essa peleja, que o cidadão não é obrigado a suportar, razão pela qual se defende a possibilidade de tal fato ensejar indenização por danos morais e materiais por parte do Estado moroso.

Feitas essas observações, passa-se à análise dos malefícios da morosidade na esfera penal. Cumpre, inicialmente, afirmar que o procedimento previsto no atual Código de Processo Penal, que data da década de 40 do século passado, é moroso e extremamente formalista, fato que induz a um sentimento de impunidade e ao descrédito do cidadão em relação à justiça criminal.

Nesse sentido, o processo penal em vigor apresenta-se desatualizado frente à nova ordem constitucional marcada pelo garantismo e pela efetividade. O garantismo penal consiste em um modelo que preza pela obediência aos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988, repudiando qualquer intervenção do Estado-Juiz na esfera jurídica garantida do cidadão em desarmonia com os mandamentos constitucionais.

Já a efetividade reflete um dos principais objetivos da justiça moderna, na medida em que somente há a concretização da função jurisdicional e do acesso à justiça quando um sistema processual apresenta-se capaz de levar uma prestação jurisdicional eficiente e célere ao cidadão, como garantia a uma ordem jurídica justa.

Na tentativa de adequação da legislação processual penal vigente às novas disposições constitucionais, há muito vem se discutindo sobre uma profunda reforma do Código de Processo Penal, dotando-o de instrumentos modernos e adequados em nome do garantismo e da efetividade.

⁴¹ SILVA, Ivan de Oliveira. **A morosidade processual e a responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Editora Pillares, 2004, p. 46.

Referência nos estudos sobre o direito processual brasileiro, Ada Pellegrini Grinover nos brinda com seus ensinamentos, consoante abaixo:

A transparência, a desburocratização e a celeridade são corolários da estrutura acusatória adotada pelo novo processo penal. O mecanismo de seleção de casos e a adequação dos procedimentos à maior ou menor complexidade dos fatos e à gravidade da infração são outras técnicas que visam à maior eficiência. Tudo, ainda, marcado pela globalidade da reforma, que envolve aspectos administrativos e gerenciais dos órgãos da justiça penal e do pessoal de apoio, bem como o necessário instrumental técnico, imprescindíveis para a operacionalidade do sistema.⁴²

Veja-se, pois, consistir a celeridade, em oposição à morosidade, um dos grandes pilares dessa moderna concepção do processo penal, o que se justifica pelos inúmeros malefícios causados por uma persecução penal morosa, incapaz de fazer justiça frente à prática de um crime no meio social.

Ademais, se, em se tratando do processo civil, regulador dos conflitos, em sua maioria, relacionados ao patrimônio, a morosidade já equivale à problemática por demais gravosa, impondo às partes prejuízos às vezes irre recuperáveis, na esfera penal tal fenômeno ganha maiores proporções, em virtude de envolver, de um lado, a prática de delitos que violam a integridade física do próprio indivíduo ou de algum familiar seu e, de outro, o bem jurídico da liberdade, naqueles casos em que o apenado é levado ao cárcere.

Como exemplo de uma das situações em que a morosidade causa malefícios aos jurisdicionados, tem-se a extinção da punibilidade por determinado crime decorrente da prescrição, motivada pela demora do Estado em proferir uma sentença condenatória ou pela demora na execução da sentença.

A incidência da prescrição em decorrência da demora do serviço judiciário, maculando a pretensão punitiva do Estado em relação ao crime, consiste em fato por demais injusto, principalmente na esfera processual penal, em que as partes anseiam por justiça frente à violação de bens jurídicos de suma relevância para a sociedade, como a vida.

Em monografia sobre o assunto, Cleber Marcos Fossá elenca outros casos em que a morosidade traz impedimentos ao bom andamento do processo penal, consoante abaixo:

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: IBCCrim/RT 2000. Disponível em: <http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/download/13200/12764> Acesso em: 12 abril 2010, às 11h45min.

A morosidade da justiça penal favorece a impunidade, pois testemunhas desaparecem, morrem, mudam de endereço. Os próprios depoentes mudam seus depoimentos no judiciário, em relação aos que fizeram na fase do Inquérito Policial, pois com os autores livres, temem pela suas vidas e de seus familiares. Essa lentidão cada vez mais gera o descrédito que vê no processo a solução do problema. Trata-se de uma crise no sistema e justiça penal, decorrente de uma série de fatores.⁴³

Outra questão comumente enfrentada no tocante à morosidade penal se refere aos prejuízos verificados em decorrência do excesso do prazo da prisão temporária, causado pela demora na tramitação processual, podendo caracterizar, em alguns casos, o crime de constrangimento ilegal.

Destarte, há de se verificar o constrangimento ilegal na liberdade de locomoção do preso temporário quando decorridos mais de 05 (cinco) dias de custódia sem que haja a realização do interrogatório, sem nenhuma justificativa plausível, conforme expressa previsão nesse sentido no artigo 38 da Lei nº 10.409/03 bem como no artigo 648, II, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 38. Oferecida a denúncia, o juiz, em 24 (vinte e quatro) horas, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandato aos autos ou da primeira publicação do edital de citação, e designará dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro dos 30 (trinta) dias seguintes, se o réu estiver solto, **ou em 5 (cinco) dias, se preso.** (Grifo nosso)

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:
[...]

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; (Grifo nosso)

Relatados alguns dos malefícios que a morosidade na entrega da prestação jurisdicional pode ocasionar aos cidadãos, cumpre contextualizar esse fenômeno no neoconstitucionalismo, a partir da análise das garantias do acesso à justiça e da razoável duração do processo.

⁴³ FOSSÁ, Cleber Marcos. **A Morosidade da Justiça no âmbito do Direito Processual Penal e a Emenda Constitucional 45/2004.** Monografia (Pós-graduação em Segurança Pública). Instituto de Geriatria e Gerontologia PUCRS Virtual, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Chapecó, 2008.

3.2 As garantias do Acesso à Justiça e da Razoável Duração do Processo

De primeiro, urge estabelecer uma distinção doutrinária referente à nomenclatura “Direitos e Garantias Fundamentais” utilizada pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, trago à colação ensinamentos de Uadi Lâmmego Bullos:

Embora o Título II da Carta Maior tenha mencionado a terminologia “Direitos e Garantias Fundamentais”, não distinguiu uma categoria da outra. Resta ao intérprete fazê-lo. [...] Direitos fundamentais são bens e vantagens disciplinados na Constituição Federal. [...] Garantias fundamentais são as ferramentas jurídicas por meio das quais tais direitos se exercem, limitando os poderes do Estado.⁴⁴

Os Direitos Fundamentais constituem um conjunto de prerrogativas, pertencentes aos indivíduos, intrinsecamente ligadas aos princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Como exemplos, têm-se o *direito de reunião* (inciso XVI), o *direito de associação* (inciso XVII), o *direito de propriedade* (inciso XXII), o *direito de herança* (inciso XXX), entre inúmeros outros elencados pelo artigo 5º do diploma de 1988, como também aqueles inseridos em outros artigos da Constituição.

Em se tratando das Garantias Fundamentais, instrumentos que permitem a concretização dos Direitos Fundamentais, citam-se o *princípio da inafastabilidade da jurisdição* (inciso XXXV do artigo 5º da CF), mais conhecido como *princípio de acesso à justiça* e o *princípio da razoável duração do processo* (inciso LXXVIII do art. 5º da CF), também denominado *princípio da celeridade processual*.

Munido da garantia do *acesso à justiça*, o cidadão que se sentir ameaçado ou tiver lesado direito seu, pode e deve postular perante o Poder Judiciário para dele obter a cessação dessa ameaça e, caso não for possível, que lhe seja reparado o prejuízo sofrido, sendo consagrada, desse modo, a justiça entre as partes e promovida a pacificação social.

Nessa esteira, tal garantia se apresenta como meio para a concretização de outros princípios insculpidos na Constituição Federal, como o *devido processo legal* (inciso LIV do art. 5º), que abrange o *princípio do juiz e do promotor natural* (incisos XXXVII e LIII do art.

⁴⁴ BULLOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. - São Paulo: Saraiva, 2008, p. 47.

5º, respectivamente), os *princípios do contraditório e da ampla defesa* (inciso LV do art. 5º), o *princípio da proibição da prova ilícita* (inciso LVI do art. 5º), o *princípio da motivação das decisões* (incisos IX e X do art. 93), o *princípio da presunção da inocência* (inciso LVII do art. 5º), bem como o *princípio da razoável duração do processo* (inciso LXXVIII do art. 5º).

Em referência a este último, que também constitui objeto deste estudo, trata-se de uma garantia de suma importância para a efetividade do processo em si, na medida em que assegura às partes a razoável duração do processo, razoabilidade que se traduz no caso concreto como a decisão que adveio no exato momento em que a parte necessitava dela, sem se tornar ineficaz pelo decurso do tempo.

A análise dos princípios do acesso à justiça e da celeridade remete a uma reflexão acerca do escopo basilar da ordem jurídica democrática brasileira. O constituinte, ao invocá-los, pretendeu assegurar a todos um Poder Judiciário que, inicialmente, permitisse a apreciação de disputas de qualquer natureza, desde que atendidos os pressupostos de admissibilidade da ação, porém, indo mais além, garantindo um provimento em tempo hábil, com a máxima efetividade possível.

Ressalte-se que, além de invocar a razoável duração do processo, o constituinte proporcionou ao jurisdicionado a possibilidade de utilização de meios que permitam tal feito, abrindo portas para que o legislador inove na criação de mecanismos que acelerem a tramitação processual, bem como para que os magistrados os empreguem no exercício de sua função jurisdicional.

3.2.1 A problemática do Acesso à Justiça

O direito dos cidadãos de ter seus conflitos apreciados pelo Poder Jurisdicional do Estado foi erigido, em nossa vigente ordem constitucional, ao patamar de garantia fundamental, consagrando o princípio da *inafastabilidade da jurisdição*, insculpido no inciso XXXV, do artigo 5º, da Carta de 1988, *in verbis*: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”.

Essa garantia se impõe como asseguradora do direito subjetivo do indivíduo à tutela estatal dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade, intrinsecamente ligado ao dever do Estado-Juiz de promover a justiça social, dirimindo as demandas surgidas no meio coletivo. Tal dever se realiza por meio da Jurisdição, função da qual o Estado possui o monopólio de seu exercício, em contraponto às antigas formas de resolução de conflitos, como a autotutela e a autocomposição.

A respeito disso, traz-se à colação novamente ensinamentos do doutrinador Uadi Lammego Bullos, conceituando o referido princípio:

Também chamado de *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, *princípio do acesso à justiça*, ou ainda, *princípio do direito de ação*, ele é uma decorrência do vetor da legalidade (inciso II do art. 5º da CF). [...] É a expressão máxima de reivindicações de direitos, numa ordem jurídica democrática, cujo lema é a justiça social, em que todos têm o privilégio de reconhecer suas prerrogativas, podendo defendê-las adequadamente. (grifo do autor) ⁴⁵

Ressalte-se que *acesso à justiça* é conceito amplo, compreendendo tanto **aspectos físico-espaciais**, refletindo onde essa justiça opera, se todos conseguem ter acesso a ela; **aspectos humanos**, em referência àqueles que compõem a justiça, se são funcionários comprometidos, atenciosos ou, no caso dos magistrados, incorruptíveis e imparciais; **aspectos econômicos**, se as custas processuais são elevadas, tornando-se mais uma forma de exclusão social; e, por fim, **aspectos temporais**, se a duração do trâmite processual apresenta-se hábil a fazer justiça no caso concreto.

Vale lembrar que as desigualdades socioeconômicas que assolam o Brasil constituem um verdadeiro abismo entre ricos e pobres. Nesse sentido, observa-se que a grande massa, formada por aqueles pertencentes às classes menos abastadas, muitas vezes, não possuem acesso à informação, e, por conseguinte, muito raramente dispõem da estrutura judiciária para resolução de seus conflitos.

Essa ausência de justiça torna ainda mais complexas as relações entre esses indivíduos, que, muitas vezes, solucionam suas controvérsias utilizando a autotutela, fato que acaba por agravar problemas sociais, como a segurança.

⁴⁵ BULLOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 484-485.

Diante dessa realidade, surgiram vários estudos propondo melhorias nos serviços judiciários pátrios, com o fito de proporcionar um maior estreitamento entre cidadão e Poder Judiciário. Quando se fala em cidadão, quer-se dizer *todos*, do mais humilde ao mais favorecido economicamente, procedendo a uma verdadeira democratização da justiça.

Para realçar essa ideia, oportuno o escólio de Mario Grynszpan, em trabalho sobre o acesso à justiça no Brasil:

Quanto mais ampla, mais informal e menos cara for a justiça, maior será o acesso. E quanto maior for o acesso, mais adequadamente se estará atendendo à litigiosidade contida da população, que passará a intensificar suas demandas, buscando resolver judicialmente seus conflitos e salvaguardar seus direitos. [...] De fato, em países como o Brasil, é fundamental a expansão da oferta, a melhoria da qualidade e da eficiência, e a redução dos custos dos serviços judiciários, tornando-os efetivamente acessíveis, em particular aos setores de baixa renda, reduzindo o fosso entre a justiça e a população.⁴⁶

3.2.1.1 O acesso à justiça no Estado Democrático de Direito

Estado Democrático de Direito, em definição simplificada, é aquele que impõe aos indivíduos um conjunto de normas, contendo comandos do que se deve fazer e do que não se deve fazer, às quais ele próprio também deve obediência. Nesse sentido, o Estado atua, através de seus agentes, limitado pelos direitos e garantias fundamentais e demais mandamentos constitucionais.

Com efeito, o Estado Democrático de Direito dispõe de leis que regulam as relações entre os cidadãos entre si, bem como entre cidadãos e o Estado, em que ambos possuem direitos e deveres, refutando qualquer forma de arbitrariedade por parte dos que em nome do Estado operam.

Traz-se à baila lição do constitucionalista J. J. Gomes Canotilho, que conceitua *Estado de Direito* em contraponto a *Estado de não Direito*:

⁴⁶ GRYSNZPAN, M. **Cidadania, justiça e violência**. Paris, 1997-1998. Disponível em: <http://www.comunidadessegura.org.br/files/acessoerecursoajusticanobrasilalgumasquestoesmariogrynszpan.pdf>. Acesso em: 03 abril 2010, às 15h14min.

Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja actividade é determinada e limitada pelo *direito*. *Estado de não direito* será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito.⁴⁷ (grifo do autor)

A República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, conforme proclama o artigo 1º da Carta Magna de 1988, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Vale-se esse estudo, uma vez mais, das palavras de J. J. G. Canotilho sobre a justiça no Estado de Direito, versando acerca da problemática do acesso aos tribunais nas sociedades contemporâneas:

Num Estado de direito pertence aos tribunais, através de juízes independentes, *dizer o direito*. Num Estado de direito democrático cabe aos magistrados judiciais dizer o *direito em nome do povo*. O apelo ao juiz pode revestir várias formas de processo — queixa, acção, recurso, querela —, mas a mensagem subjacente a este apelo parte sempre da ideia de que é necessário um terceiro independente, um árbitro imparcial, para *fazer justiça* através de uma decisão judicial. A primeira pergunta, porém, a fazer num Estado de direito é a de saber como se assegura o *acesso ao direito* e aos *tribunais*. O acesso ao direito não passa necessariamente por formas litigiosas ante os tribunais. Mediante esquemas adequados de *organização e procedimento* — serviços de informação jurídica, provedores dos cidadãos, centros de aconselhamento jurídico, direito ao patrocínio jurídico —, o Estado de direito *presta* aos indivíduos um bem escandalosamente distribuído de forma desigualitária nas sociedades contemporâneas — o direito de *acesso ao direito*, o *direito de conhecer e reclamar os seus direitos*.⁴⁸ (grifo do autor)

Nessa esteira, discutir o *acesso à justiça* consiste em refletir sobre uma das pilstras do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que tal garantia “é também a própria questão da cidadania — e da democracia, em última instância —, que mais do que direitos universais, legalmente instituídos, requer a disponibilização e a generalização de recursos necessários ao seu exercício e garantia. Em outros termos, é a democratização do Judiciário que se põe em questão”.⁴⁹

O acesso à jurisdição pode ser analisado sob duas vertentes: uma em sentido estrito, como uma garantia processual, utilizada como instrumento na resolução de conflitos individuais, e outra em sentido amplo, referente a um direito substantivo cujo escopo maior

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. G. **Estado de Direito**. Disponível em: <http://geocities.ws/b2centaurus/livros/c/Canotilhopdf.pdf>. Acesso em: 14 abril 2010, às 09h43min.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ GRYSNZPAN, M. **Cidadania, justiça e violência**. Paris, 1997-1198. Disponível em: <http://www.comunidadesegura.org.br/files/acessoerecursoajusticanobrasilalgumasquestoesmariogrynszpan.pdf>. Acesso em: 03 abril 2010, às 15h14min.

consiste na pacificação social, voltado para uma nova perspectiva de acesso à ordem política e de observância aos direitos humanos, traduzindo um novo enfoque do *direito de ação*.

À medida que o direito atingiu o atual estágio de constitucionalização das normas jurídicas, exigindo a interpretação de cada regra de acordo com os princípios que norteiam o ordenamento jurídico pátrio, somado isso a uma maior democratização da informação através dos meios de comunicação, observa-se uma crescente conscientização dos cidadãos em relação a seus direitos e prerrogativas, bem como sobre as mais variadas maneiras de exercê-los.

A propósito, os cidadãos, mais conscientes do papel do Estado de garantidor dos direitos fundamentais, estão buscando o exercício pleno da sua cidadania, e isso inclui formas mais sofisticadas de acesso à justiça, como a tutela coletiva de direitos.

Sublinhe-se, no entanto, que o Poder Judiciário brasileiro encontra-se longe de proporcionar o efetivo acesso à justiça a seus cidadãos, principalmente aos setores mais pobres da sociedade, apesar de, nas últimas décadas, existir uma notável ampliação do acesso à informação e uma tentativa de mudança nas instituições judiciárias, como a criação dos Juizados Especiais. Porém, apresenta-se muito aquém do ideal de justiça democrática, com amplo acesso a todos que dela necessitam.

Analisada a garantia do acesso à justiça, cumpre discorrer acerca da resposta do legislador constitucional ao fenômeno da morosidade, através da edição da Emenda n. 45/2004, que trouxe o princípio da razoável duração do processo.

3.2.2 O advento do princípio da Razoável Duração do Processo

Conforme já exposto, as dificuldades advindas da lentidão processual conduzem os cidadãos brasileiros a uma verdadeira descrença no Poder Judiciário, além de promover um atentado aos ditames da efetividade e da segurança jurídica.

O Brasil é signatário da Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*. O art. 8º, 1 desta convenção prescreve expressamente que:

Art. 8º:

1. Toda pessoa tem o direito de ser ouvida, **com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifo nosso)

Em verdade, estamos diante de uma norma com status constitucional, tendo em vista previsão do próprio diploma de 1988, no artigo 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. A aprovação do *Pacto de San José da Costa Rica* foi formalizada através do Decreto n. 27 de 26 de maio de 1992, editado pelo Congresso Nacional.

Com efeito, a garantia da razoabilidade do período de duração do processo, por adquirir status constitucional, já possuía aplicação imediata, o que obrigava o legislador a criar normas em conformidade com ela, bem como o Judiciário a agir em conformidade com a referida cláusula.

Não obstante tal fato, a Emenda Constitucional n. 45, promulgada em 08 de dezembro de 2004, realizou a Reforma do Judiciário, acrescentando ao rol de direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição o princípio da celeridade processual ou da razoável duração do processo, *in verbis*, “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (Art. 5º, inciso LXXVIII).

A celeridade processual, também conhecida pela doutrina moderna⁵⁰ como *direito fundamental a um processo sem dilações indevidas*, apresenta-se como uma garantia do jurisdicionado a um processo de duração razoável, compatível com a natureza do litígio, que, em tempo hábil, cesse os efeitos suportados em razão do conflito, conduzindo à justiça e à pacificação social.

⁵⁰ Nesse sentido, Fredie Didier Jr (2008).

No que concerne à utilização pelo legislador da expressão *duração razoável*, de primeiro, observa-se tratar-se de um conceito vago, indeterminado. No entanto, evidente não ser de acordo com o bom direito a estipulação de prazos para que todos os litígios se desenvolvam, como se cada caso concreto possuísse as mesmas características, a mesma necessidade de dilação probatória ou de reflexão do magistrado acerca da problemática em voga.

Nesse diapasão, observe-se abaixo a lição de Fredie Didier Jr., ao invocar ensinamentos de José Rogério Cruz Tucci:

A Corte Européia dos Direitos do Homem firmou entendimento de que, respeitadas as circunstâncias de cada caso, devem ser observados três critérios para se determinar a duração razoável do processo, quais sejam: a) a complexidade do assunto; b) O comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; C) A atuação do órgão jurisdicional.

O reconhecimento destes critérios traz como imediata consequência a visualização das dilações indevidas como um conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como o simples desprezo aos prazos processuais pré-fixados. Assim, é evidente que se uma determinada questão envolve, por exemplo, a apuração de crimes de natureza fiscal ou econômica, a prova pericial a ser produzida poderá demandar muitas diligências que justificarão duração bem mais prologada da fase instrutória. [...]

Por outro lado, não poderão ser taxadas de “indevidas” as dilações proporcionadas pela atuação dolosa da defesa, que, em algumas ocasiões, dá azo a incidentes processuais totalmente impertinentes e irrelevantes.

E, ademais, é necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo. É claro que a pleora de causas, o excesso de trabalho, não pode ser considerado, nesse particular, justificativa plausível para a lentidão da tutela jurisdicional.⁵¹

Nas asas desse ensinamento, convém concluirmos que o Estado, ao tomar para si a função jurisdicional, deve exercê-la utilizando mecanismos que possibilitem a solução das lides de modo célere, sem demoras injustificadas, como um objetivo a ser alcançado pelos operadores do direito, evitando-se, assim, os fatores negativos causados pela tardia prestação jurisdicional, quais sejam:

- Descrédito do Poder Judiciário junto aos cidadãos;
- atentado aos ditames da segurança jurídica;
- Violação do princípio da economia processual;
- Imposição de desgaste psicológico às partes;
- Desigualdade entre os litigantes;

⁵¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. I, 9ª ed. - Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 42-43.

- Ausência de efetividade nas decisões judiciais.⁵²

3.2.2.1 A Celeridade e o anteprojeto do novo Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil vigente no ordenamento jurídico pátrio desde 1973, carece, há muitos anos, de reformas que imprimam maior celeridade e efetividade ao procedimento nele disposto, marcado por “pontos de estrangulamento” que obstam uma rápida solução dos litígios.

Em atenção a essa problemática, foram realizadas algumas reformas pontuais objetivando eliminar esses “pontos de estrangulamento”, principalmente no que se refere ao processo de execução, sendo o grande marco desta reforma a criação do instituto da Antecipação de Tutela, no ano de 1992. Através desse instituto, à parte pode ser deferida, a qualquer momento do processo, a prática ou a abstenção de atos que caracterizariam um futuro provimento a seu favor, presentes os requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação.

Com o objetivo de imprimir uma maior uniformização às mudanças já realizadas, bem como de tornar o processo brasileiro condizente com a nova realidade jurídico-social, foi eleita uma comissão de elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro, formada por um grupo de juristas, sendo objeto também de discussão entre operadores do direito e diversos outros segmentos da sociedade civil em todo o país, presidida pelo **Ministro Luiz Fux** do Superior Tribunal de Justiça.

Em entrevista à Revista Consultor Jurídico, realizada em 24 de fevereiro de 2010, o Ministro Fux relatou ao jornalista Eurico Batista que um dos nortes perseguidos pela comissão de elaboração do novo código é o princípio da celeridade, conforme trecho da entrevista a seguir:

Hoje, o ideário que move o processo civil é o da celeridade. Em determinado momento da história tivemos a prevalência do valor segurança, tanto assim que havia um sistema muito pródigo de recurso e a ação rescisória era interponível num prazo bastante longo. Agora, o reclamo da sociedade é pela celeridade da prestação

⁵² SILVA, Ivan de Oliveira. **A morosidade processual e a responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Editora Pillares, 2004, p. 46.

judicial, exatamente de acordo com essa nova cláusula constitucional da duração razoável do processo. Não é por outra razão que o Conselho Nacional de Justiça está estabelecendo metas para que os processos sejam julgados por determinados períodos de anos, porque a parte não pode esperar décadas para que haja solução do seu litígio. Sob esse enfoque é que a comissão trabalhou. Ela procurou verificar de que maneira poderia, através da técnica, dar mais agilidade ao processo. Várias foram as soluções propostas, mas algumas são muito expressivas e são as que mais caracterizam o trabalho da comissão.⁵³

A propósito, importa ressaltar o fenômeno da constitucionalização do processo brasileiro, através do qual o mesmo deve se apresentar não só em sua dimensão objetiva, procedimento pelo qual a parte provoca o Judiciário e dele obtém uma resposta a sua pretensão, mas, acima de tudo, numa dimensão subjetiva, como instrumento de concretização dos princípios elencados na Constituição, asseguradores dos direitos fundamentais. É nessa atmosfera que está sendo criado o novo Código de Processo Civil Brasileiro.

Na tentativa de assegurar a efetivação da cláusula constitucional da razoável duração do processo, o anteprojeto do novo CPC prevê a extinção dos incidentes processuais, como a impugnação ao valor da causa, exceção de incompetência, incidente de falsidade de documentos, que dão ensejo a autos autônomos de cujas decisões a parte pode recorrer, acabando por tornar o processo mais moroso. Nesse sentido, cita-se outro trecho da entrevista com o Ministro Fux:

A parte agora vai alegar tudo através de uma simples petição e o juiz vai resolver todas as questões no final do processo, salvo as questões de urgência. Se não for de urgência, o juiz só vai resolver no final do processo e a parte só disporá de um recurso no final do processo. Porque, o fato de a parte poder recorrer a cada decisão que o juiz dá, ela pode oferecer um recurso do qual caberão inúmeros outros recursos para os tribunais superiores. Numa causa nós podemos ter 50 recursos interpostos e isso evidentemente que é um dos motivos da morosidade da prestação judicial. Agora a parte vai recorrer apenas no final do processo. Se for uma medida que causa um dano irreparável, a parte faz através de uma medida de urgência, mas também não vamos deixar margem de arbítrio para dano irreparável, o juiz pode verificar se há dano irreparável ou não, nos casos de tutela liminar de urgência, aí caberá um Agravo de Instrumento, porque às vezes essas decisões liminares acabam por julgarem a causa, elas apresentam verdadeiras sentenças liminares. Aí haverá o agravo de instrumento. Essa redução do número de agravos cabíveis também será um grande instrumento de agilização da prestação da justiça de primeiro grau.⁵⁴

Com efeito, inegável a constatação de que a proposta a ser encaminhada ao Congresso Nacional das novas disposições processuais civilistas consagra a garantia constitucional da razoável duração do processo. No entanto, a sociedade moderna anseia que

⁵³ FUX, Luiz. **Anteprojeto do Novo CPC prevê recurso único**. Revista Consultor Jurídico, [online] Brasília, 24 fevereiro 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-24/anteprojeto-cpc-preve-recurso-unico-fim-acao-cautelar>. Acesso em: 11 abril 2010, às 10h15min.

⁵⁴ *Ibid.*

tais disposições saiam do papel e efetivamente sejam utilizadas na busca de um ideal de justiça célere e eficaz.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DO DECISIONISMO E DA MOROSIDADE NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Ao longo do presente estudo, apresentaram-se as garantias constitucionais do acesso à justiça, da razoável duração do processo e da fundamentação das decisões judiciais, através das quais é assegurado ao cidadão o direito a uma tutela judicial efetiva, compreendendo os aspectos jurídico, físico-espacial, econômico, social e temporal.

A partir da invocação de tais garantias, pretende-se defender a admissibilidade da tese de responsabilização do Estado em decorrência do decisionismo e da morosidade processual.

Feitas estas observações, cumpre anunciar que o fundamento da responsabilização estatal frente aos casos da demora na entrega da prestação jurisdicional e da prática do decisionismo consiste, além das garantias constitucionais destacadas, na invocação da *teoria da falta do serviço*, já analisada anteriormente. A referida teoria corresponde àquelas hipóteses em que o serviço público não funciona, funciona mal ou tardiamente.

Nesse sentido, vale-se esse estudo dos ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello, consoante abaixo:

Se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos.⁵⁵

Ora, comandos legais e constitucionais não faltam para impor ao Estado brasileiro o cumprimento da função jurisdicional, de acordo com o *devido processo legal*, assegurados a imparcialidade do órgão julgador, a ampla defesa, o contraditório, a duração razoável do processo, entre outras garantias.

Deste modo, resta evidenciada a ligação entre a teoria da *faute du service* e as situações de lentidão processual e da prolação de decisões arbitrárias, tendo em vista que

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 998.

ambas as hipóteses configuram verdadeira denegação de justiça, e, por conseqüência, mau funcionamento do serviço judiciário, modalidade de serviço público.

Ressalta-se que, no tópico em que se analisou a teoria da falta do serviço, assentou-se entendimento no sentido de que se configuraria hipótese de responsabilidade subjetiva, em razão de só se apresentar possível a responsabilização do Estado se houver descumprimento de dever legal através de ato omissivo estatal.

Em verdade, a morosidade reflete culpa anônima do serviço judiciário, enquanto o decisionismo consiste em culpa pessoal do magistrado, de modo a configurar *culpa in eligendo* do Estado, que tomou para si a responsabilização pelos danos decorrentes da conduta de seus agentes (§ 6º do art. 37 da Constituição Federal). Oportuno o escólio de Yussef Said Cahali sobre o assunto:

A pretensão indenizatória se legitima naqueles casos de culpa anônima do serviço judiciário, de falhas do aparelhamento encarregado da distribuição da Justiça, envolvendo, inclusive, as deficiências pessoais dos magistrados recrutados; assim, nos casos de morosidade excessiva da prestação jurisdicional com equivalência à própria denegação da Justiça, de erros grosseiros dos juízes, relevados sob o pálio candente da falibilidade humana. (apud ANDRADE JÚNIOR)⁵⁶

Nessa esteira, José Augusto Delgado elenca as hipóteses em que há prestação jurisdicional defeituosa, conforme abaixo:

- a) quando o juiz, dolosamente, recusa ou omite decisões, causando prejuízo às partes;
- b) quando o juiz não conhece, ou conhece mal, o direito aplicável, recusando ou omitindo o que é de direito;
- c) quando o atuar do Poder Judiciário é vagaroso, por indolência do juiz ou por lentidão deter minada por insuficiência ou falta de juízes ou funcionários, obrigando ao acúmulo de processos, o que impossibilita o julgamento dentro dos prazos fixados pela lei.⁵⁷

Analisados os fundamentos da responsabilização estatal frente aos casos da prática do decisionismo e de morosidade processual, passa-se a discutir a responsabilidade pessoal do magistrado nos casos de prolação de decisões arbitrárias e soberanas, consagrando a condenável prática do decisionismo.

⁵⁶ ANDRADE JÚNIOR, Adelson Freitas de. **Responsabilidade civil do estado por dano decorrente da morosidade na prestação jurisdicional**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 27 maio 2010, às 10h38min.

⁵⁷ DELGADO, José Augusto. **Responsabilidade do Estado: Ato jurisdicional**. Disponível em <<http://www.bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 06 jun. 2010, às 19h50min.

4.1 O Decisionismo e a responsabilidade pessoal do magistrado

A priori, cumpre registrar a evolução ocorrida ao longo da consolidação do Estado contemporâneo no tocante à ampliação do Poder Judicial, refletindo no aumento do papel do juiz na condução do processo. Por conta disso, o magistrado possui, no desempenho de sua função jurisdicional, a obrigação de assegurar a observância e a concretização dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos elencados na Constituição.

Deste modo, verifica-se que essa ampliação do poder judicial acentuou a relevância da problemática da responsabilidade, de sorte que se entende que o Estado deve ser responsabilizado pelos danos decorrentes da atividade judiciária.

Porém, a responsabilidade pessoal dos magistrados é dilema que consiste na compatibilização entre os valores *independência e responsabilidade*.

É certo que os juízes devem possuir independência e uma margem de decisão para o livre exercício de sua função, de modo a assegurar a imparcialidade e a correta apreciação dos litígios a ele apresentados. No entanto, autonomia não se confunde com soberania, e discricionariedade não é o mesmo que arbitrariedade.

O Poder Judiciário, assim como o Executivo e o Legislativo, possui autonomia no cumprimento de suas atribuições constitucionalmente instituídas, assegurada a separação dos poderes, ou seja, a vedação da ingerência de um poder na esfera de competência de outro. Soberania, por sua vez, consiste em característica exclusiva da República Federativa do Brasil, nas relações com os outros países.

Nesse sentido, os juízes atuam de modo autônomo no exercício de suas funções, devendo obediência aos ditames da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, fato que por si só já possibilita a sua responsabilização em decorrência de conduta danosa a particular que fira algum preceito legal.

Do mesmo modo, entende-se, que, embora a discricionariedade constitua característica intrínseca ao Poder Executivo, também pode ser atribuída aos magistrados. Porém, encontra-se limitada pelos mandamentos constitucionais e legais.

Em verdade, a discricionariedade, quando ultrapassa os limites legais, transforma-se em arbitrariedade, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, na medida em que fere as garantias do acesso à justiça, do devido processo legal e da fundamentação das decisões judiciais.

A prática do decisionismo configura precisamente a prolação de decisões marcadas pela soberania do magistrado, quando o mesmo se converte em um ser absoluto, contra o qual não cabe contestação.

Assim como a soberania, a arbitrariedade também constitui característica da prática decisionista, ao passo que o magistrado decide baseado somente em suas convicções e preconceitos, recusando-se a utilizar os instrumentos jurídicos a sua disposição, que promoveriam a realização de uma dialética processual entre as partes envolvidas e uma justa resolução do caso.

Desta feita, torna-se evidente que a correta compatibilização entre a independência do magistrado, em suas facetas *autonomia* e *discricionariedade*, com a sua devida responsabilidade por danos porventura advindos de sua atividade, consiste na aferição de sua conduta, se houve ofensas aos direitos e garantias estabelecidos na Constituição Federal, bem como à legislação infraconstitucional.

Se o magistrado, ao proferir uma sentença em determinado processo, utilizar-se de linguagem imprópria, ferindo a honra e a dignidade de uma das partes litigantes, é manifesto que o mesmo não atuou de acordo com os preceitos constitucionais, de modo a ensejar a devida responsabilização pelos danos ocorridos.

Do mesmo modo, a ausência de fundamentação ou a fundamentação incoerente de uma decisão constitui ofensa ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, de sorte a também propiciar o ressarcimento dos prejuízos advindos dessa decisão.

Nesse sentido, questão importante se refere ao sujeito passivo dessa ação de indenização, ou seja, contra quem é dirigida a demanda.

O art. 133 do Código de Processo Civil preleciona que o juiz responderá por perdas e danos quando, “no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude” ou “recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a

requerimento da parte”. Infere-se do referido dispositivo a previsão da responsabilidade pessoal do magistrado nos casos de lesão a direito de outrem decorrente do exercício de suas funções.

No entanto, a maior parte da doutrina defende que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o referido artigo estaria revogado, em razão do preceito contido no § 6º do art. 37 da Carta Maior, conferindo ao Estado a responsabilidade pelos danos causados pelos seus agentes, assegurado o direito de regresso nos casos de dolo ou culpa.

Esse também é o posicionamento de Augusto do Amaral Dergint, ao asseverar que:

Inobstante as ponderações em prol de um ecletismo (possibilidade de ação contra o juiz e/ou contra o Estado, parece mais razoável, pelo menos em matéria de dano causado por ato judicial a posição de que cumpre ao Estado indenizar a vítima, respondendo o agente público faltoso (o magistrado) apenas regressivamente.⁵⁸

Diante do exposto, entende-se que, apesar de o ato causador do dano poder ser imputado ao magistrado, a demanda dirigir-se-á ao Estado, em virtude de haver previsão constitucional expressa nesse sentido (§ 6º do art. 37).

4.2 A Morosidade e o Caso Maria da Penha

De primeiro, cumpre afirmar que, no tocante à morosidade, ainda impera na jurisprudência pátria a impossibilidade de responsabilização do Estado por danos advindos da demora na entrega da prestação jurisdicional, não obstante o evidente prejuízo que tal fato pode ocasionar ao cidadão que pleiteou no Judiciário a tutela de seus direitos.

Como resposta a essa denegação de justiça, passa-se a analisar o caso da Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, notadamente conhecida pelo diploma normativo que traz seu nome, a Lei Maria da Penha, n. 11.340/2006.

⁵⁸ DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do estado por atos judiciais**. São Paulo: RT, 1994, p. 124.

A biofarmacêutica Maria da Penha foi vítima de duas tentativas de homicídio por parte de seu então esposo, Senhor Marco Antônio Heredia Viveiros, de profissão economista. Primeiramente, no dia 29 de maio de 1983, o referido senhor disparou contra ela um revólver enquanto ela dormia, deixando-a paraplégica, e, em seguida, apenas duas semanas depois de regressar do hospital, o mesmo teria procurado eletrocutá-la enquanto se banhava.

A referida senhora procurou a justiça cearense, que, primeiramente, tardou oito anos para levar o acusado à Juri, condenando-o a 15 (quinze) anos de prisão, que foram reduzidos a 10 (dez), por não constar condenação anterior. Em seguida, após 3 (três) anos decidindo da apelação, com base em argumentos da defesa de que houve vícios na formulação de perguntas aos jurados, anulou a referida decisão do Juri.

Posteriormente, dois anos após a anulação da sentença condenatória proferida pelo primeiro Juri, em 15 de março de 1996, realizou-se um segundo julgamento pelo Juri em que o Senhor Viveiros foi condenado a 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de prisão, condenação que se encontrava pendente, em razão de interposição de recurso no Tribunal de Justiça do Estado de Ceará.

Inconformada com os quase 15 anos de espera para a solução de seu litígio, e sofrendo de várias lesões físicas e psicológicas decorrentes dos crimes ocorridos, bem como com o receio de ver extinta a punibilidade da pretensão punitiva através da prescrição, Maria da Penha apresentou conjuntamente ao Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e à Comissão Latino-Americana de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) denúncia para a Comissão Internacional de Direitos Humanos da Organização Estados Americanos - OEA.

A referida petição denunciava a tolerância e omissão do Estado Brasileiro, em especial da justiça cearense, por não haver tomado as medidas necessárias para processar e punir o agressor em mais de 15 anos, apesar das denúncias efetuadas.⁵⁹

Cumprir trazer à colação trecho do Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA sobre o caso Maria da Penha, consoante abaixo:

⁵⁹ Organização dos Estados Americanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, **Caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes**, Relatório n. 54/01, divulgado em 04 abril 2001.

[...] No caso em apreço, os tribunais brasileiros não chegaram a proferir uma sentença definitiva depois de 17 anos, e esse atraso vem se aproximando da possível impunidade definitiva por prescrição, com a conseqüente impossibilidade de ressarcimento que, de qualquer maneira, seria tardia. A Comissão considera que as decisões judiciais internas neste caso apresentam uma ineficácia, negligência ou omissão por parte das autoridades judiciais brasileiras e uma demora injustificada no julgamento de um acusado, bem como põem em risco definitivo a possibilidade de punir o acusado e indenizar a vítima, pela possível prescrição do delito. Demonstram que o Estado não foi capaz de organizar sua estrutura para garantir esses direitos. Tudo isso é uma violação independente dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em relação com o artigo 1 da mesma, e dos artigos correspondentes da Declaração.⁶⁰

Urge ressaltar que o Estado brasileiro, responsável na esfera internacional pelos atos praticados pelos agentes das entidades que compõem a federação, de acordo com o disposto no artigo 28 da Convenção Americana, não apresentou à Comissão resposta alguma a respeito do caso, não obstante as tentativas formuladas pelo órgão internacional ao Estado em várias oportunidades.

Diante disso, a Corte Interamericana, no ano de 2001, condenou o Estado brasileiro a pagar US\$ 20.000 (vinte mil dólares) de indenização pela excessiva demora na solução do caso (15 anos), conforme o que se segue:

[...] A Comissão Interamericana de Direitos Humanos reitera ao Estado Brasileiro as seguintes conclusões: [...] Que, com fundamento nos fatos não controvertidos e na análise acima exposta, a República Federativa do Brasil é responsável da violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1 do referido instrumento pela dilação injustificada e tramitação negligente deste caso de violência doméstica no Brasil. [...]

Que, adote, sem prejuízo das eventuais ações contra o responsável da agressão, medidas necessárias para que o Estado proporcione a vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, em particular sua falta em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por evitar com este atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.⁶¹

Não obstante a recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Estado do Ceará levou cerca de 7 (sete) anos para realizar o pagamento da referida indenização, somente o fazendo no ano de 2008. Maria da Penha recebeu a quantia de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), em valores corrigidos.

Importa dizer, diante desse caso, que a cidadã brasileira necessitou recorrer às Cortes internacionais para que estas impusessem ao Judiciário pátrio o cumprimento de sua

⁶⁰ Organização dos Estados Americanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, **Caso 12.051 Maria da Penha Maia Fernandes**, Relatório n. 54/01, divulgado em 04 abril 2001.

⁶¹ *Ibid.*

função jurisdicional, fato que, no mínimo, apresenta-se vergonhoso para a imagem e credibilidade da Justiça brasileira perante os outros países.

Com efeito, ao recomendar a realização rápida e efetiva do processamento penal do acusado e uma investigação séria a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados no processo, bem como ao pagamento de uma justa indenização da vítima pelos prejuízos em decorrência desse atraso, a Corte Interamericana se investe na função da justiça brasileira, esta quase sempre omissa e tolerante aos atentados aos direitos humanos ocorridos em seu território.

Ressalte-se que se torna cada vez mais recorrente a utilização dessa via internacional de coerção da justiça brasileira no que concerne à aceleração do trâmite processual, a fim de evitar a impunidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Responsabilidade Civil do Estado em decorrência dos atos jurisdicionais é consequência lógica da opção política trazida na Constituição brasileira, que adota o Estado Democrático de Direito.

Além disso, os novos paradigmas do Estado Constitucional Contemporâneo ampliaram a relevância da função jurisdicional, primando pela busca de sua efetividade, que vinha sendo relegada a segundo plano pela justiça pátria.

É certo afirmar que tal dever decorre precipuamente do princípio da legalidade, norma a que está vinculada toda a atuação estatal, em virtude de existirem inúmeros preceitos constitucionais que impõem a concretização da tutela justa e efetiva. Em verdade, o direito deve ser suportado, a título de exemplo, primeiramente por quem o fez.

No Estado Contemporâneo, a função jurisdicional não possui somente a função de solucionar determinado conflito, em um caso particular; exige-se, pois, um fim social em sua atuação, destinado à pacificação do meio coletivo.

Diante disso, entende-se que a jurisdição é função estatal de grau essencial, assim como as demais (executiva e legislativa). Logo, exige-se dela as mesmas obrigações e responsabilidades.

A propósito, a norma trazida pelo § 6º do art. 37 da Constituição Federal, ao prever a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados por seus agentes na prestação dos serviços públicos, abrange também os serviços judiciários, por consistirem estes em espécie do gênero serviços públicos.

Não obstante o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto – regra da irresponsabilidade do Estado-juiz - conclui-se ser atentatório ao preceito constitucional acima destacado que o Estado deixe de ressarcir os danos ocasionados aos particulares em razão de sua atividade, seja administrativa, legislativa ou jurisdicional.

Nesse sentido, é evidente que fenômenos como o *decisionismo* e a *morosidade processual* podem causar inúmeros prejuízos de ordem moral e material àquele que procurou o Poder Judiciário para a resolução dos seus conflitos, além de constituírem verdadeira denegação de justiça.

Entre esses prejuízos, destaca-se, no tocante à morosidade, a prolongação do efeito psicológico causado às partes em litígio em razão da demora do processo, o constrangimento ilegal em virtude de prisão temporária por prazo além do permitido em lei, bem como a incidência da prescrição pelo decurso do tempo, fulminando o direito da parte.

Do mesmo modo, uma sentença atentatória aos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade entre os sexos, entre outros preceitos fundamentais, proferida arbitrariamente e sem atenção à dialética realizada entre as partes, também causa gravames que os cidadãos não são obrigados a suportar, ensejando a responsabilidade do Estado-juiz.

Ademais, não são poucos os fundamentos que autorizam a responsabilização do Estado por danos em virtude da prática do *decisionismo* e da *morosidade*: de um lado, a teoria da falta do serviço, de outro, as garantias do acesso à justiça, da fundamentação das decisões judiciais, da razoável duração do processo, entre outras assecuratórias de um processo justo e efetivo.

Entende-se que, nos casos da prática do *decisionismo* e da lentidão processual, há serviço público defeituoso, consagrando a teoria da falta do serviço, naquelas hipóteses em que o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo.

No que se refere à garantia do acesso à justiça, hodiernamente, verifica-se a sua inserção em uma nova dimensão: político e social. Com o restabelecimento da ordem democrática, os cidadãos tornaram-se mais conscientes de seus direitos e prerrogativas, bem como sobre as mais variadas maneiras de exercê-los, e isso inclui uma maior busca pela justiça.

Com efeito, o Estado, através de sua função jurisdicional, deve atuar na preservação dos valores fundamentais da sociedade, com objetivos direcionados ao respeito à pessoa e à coletividade.

Por fim, a responsabilização do Estado-juiz em decorrência do decisionismo e da morosidade, além de garantir a sua função primordial, que é a reparação dos danos injustos causados, estimula o Poder Público a direcionar esforços a fim de evitar os danos inerentes à sua atividade, sendo forma de assegurar um amplo acesso à justiça e uma prestação jurisdicional rápida e eficiente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE JÚNIOR, Adelson Freitas de. **Responsabilidade civil do estado por dano decorrente da morosidade na prestação jurisdicional.** Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 27 maio 2010, às 10h38min.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo.** 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 abril 2010, às 14h30min.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 abril 2010, às 15h.

BULLOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J. J. G. **Estado de Direito.** Disponível em: <<http://geocities.ws/b2centaurus/livros/c/Canotilhpdf.pdf>>. Acesso em: 14 abril 2010, às 09h43min.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 19 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

DELGADO, José Augusto. **Responsabilidade do Estado: Ato jurisdicional.** Disponível em <<http://www.bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 06 jun. 2010, às 19h50min.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do estado por atos judiciais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** vol. I, 9ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FOSSÁ, Cleber Marcos. **A Morosidade da Justiça no âmbito do Direito Processual Penal**

e a **Emenda Constitucional 45/2004**. Monografia (Pós-graduação em Segurança Pública). Instituto de Geriatria e Gerontologia PUCRS Virtual, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Chapecó, 2008.

FUX, Luiz. **Anteprojeto do Novo CPC prevê recurso único**. Revista Consultor Jurídico, [online] Brasília, 24 fevereiro 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-24/anteprojeto-cpc-preve-recurso-unico-fim-acao-cautelar>>. Acesso em: 11 abril 2010, às 10h15min.

GRINOVER, Ada Pelegri. **A Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: IBCCrim/RT 2000. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/download/13200/12764>>. Acesso em: 12 abril 2010, às 11h45min.

GRYSNZPAN, M. **Cidadania, justiça e violência**. Paris, 1997-1998. Disponível em: <<http://www.comunidadesegura.org.br/files/acesoerecursoajusticanobrasilalgumasquestoesmariogrynszpan.pdf>>. Acesso em: 03 abril 2010, às 15h14min.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/comissao.htm>> Acesso em: 25 maio 2010, às 10h20min.

RODRIGUES, C. M. **Apontamentos sobre o pensamento de Carl Schmitt: Um intelectual nazista**. João Pessoa: Saeculum - Revista de História, n. 12, p.76 a 94, jan./jun. de 2005. Disponível em: <<http://professormota.yolasite.com/resources/Apontamentos%20sobre%20o%20Pensamento%20de%20Carl%20Schmitt%20um%20intelectual%20nazista%20C%3A2ndido%20Moreira%20Rodrigues.pdf>> Acesso em: 22 abril 2010, às 12:30.

SAMPAIO, J. A. L.; VITÓRIO, T. B. da S.; CRUZ, S. C. **A violação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito em face do Decisionismo e da Morosidade processual: Uma investigação à luz da doutrina de Jürgen Habermas**. Disponível em <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/jose_adercio_leite_sampaio.pdf>. Acesso em: 14 abril 2010, às 15h.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão Luís Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SILVA, Ivan de Oliveira. **A morosidade processual e a responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Editora Pillares, 2004.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, v.798, p.23-50, abril/2002.

SILVEIRA E SILVA, F. **O Decisionismo de Carl Schmitt e sua relação com a discricionariedade e a medida provisória**. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 36-43, out/dez 2007. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/945>>. Acesso em: 25 abril 2010, às 10h15min.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.