



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL**

FERNANDA SOUSA VASCONCELOS

**A EFETIVIDADE DO DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A
RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO PELO ATO JUDICIAL
ADMINISTRATIVO**

**FORTALEZA
2016**

FERNANDA SOUSA VASCONCELOS

A EFETIVIDADE DO DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A
RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO PELO ATO JUDICIAL
ADMINISTRATIVO

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana.

FORTALEZA
2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca da Faculdade de Direito

-
- V331e Vasconcelos, Fernanda Sousa.
A efetividade do direito à duração razoável do processo e a responsabilização civil do Estado pelo ato judicial administrativo / Fernanda Sousa Vasconcelos. – 2016.
106 f. : 30 cm.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2016.
Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.
Orientação: Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana.

1. Direitos fundamentais. 2. Processos. 3. Responsabilidade (Direito). I. Título.

CDD 342.74

FERNANDA SOUSA VASCONCELOS

A EFETIVIDADE DO DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A
RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ESTADO PELO ATO JUDICIAL
ADMINISTRATIVO

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Aos meus pais, que proporcionaram este sonho virar realidade.

AGRADECIMENTOS

Muitas foram as pessoas, a quem ressalto reconhecimento, que contribuíram direta ou indiretamente na persecução deste sonho que, por meio deste trabalho, se concretiza. Este é, sem dúvidas, o resultado do auxílio de todos, conquista que jamais poderia ser alcançada de maneira diversa. Por isso, gostaria de agradecer, ainda que nesse singelo momento, as grandiosas e inestimáveis contribuições de cada um desses indivíduos, que tenho a honra de chamar de amigos.

Às referências maternas de minha vida: Maria de Lourdes Sousa Vasconcelos, minha mãe e minha vida; Maria Félix dos Santos Sousa (*in memoriam*), para sempre minha vovó materna; Aurea Pereira de Araujo, para sempre minha vovó paterna; e às minhas tias, Luciene, Márcia, Horlene e Cláudia.

Às referências paternas de minha vida: José Osmildo Vasconcelos, meu pai e minha vida; João Francisco de Sousa (*in memoriam*), para sempre meu vovô materno; João Leôncio Vasconcelos (*in memoriam*), para sempre meu vovô paterno; e aos meus tios Francisco Sampaio e João Filho.

Ao meu querido irmão Ítalo José Souza Vasconcelos, pela paciência com a irmã mais nova e por trazer à família a minha tão especial cunhada, Tuuli Ilona Tapaninen, e à Priscila Araújo Barbosa Parente pelo carinho, cumplicidade e companheirismo

Aos meus colegas de trabalho do Fórum Clóvis Beviláquia, por me ensinarem o verdadeiro valor da prestação efetiva do serviço público jurisdicional. Ao meu antigo chefe e agora grande amigo, o advogado Raphael Chaves, por ter sido um mentor em minha formação.

Aos amigos que fiz durante toda a vida, alguns mais próximos que outros, sendo todos indiscutivelmente importantes, em especial a Caio César Mota Magalhães, Adan Hillery Vidal e Luciano Albuquerque Benevides Falcão que tanto contribuíram para a minha formação pessoal.

Ao Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana (Orientador), por me dar a oportunidade de ser sua orientanda, e aos participantes da Banca Examinadora, Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo e Prof. Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues, pelo tempo despendido e pelas valiosas contribuições.

“A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas.”
(John Rawls)

RESUMO

Com fulcro na aplicabilidade do dever de eficiência ao Poder Judiciário, busca-se, através do presente trabalho, dar efetividade ao direito fundamental à duração razoável do processo por meio da identificação do tempo como critério de aferição da qualidade do serviço público jurisdicional prestado. Seja esse compreendido como um direito autoaplicável ou dependente de regulamentação específica, o Estado, como destinatário do direito à duração razoável do processo, possui o dever-poder de concretizá-lo, fazendo uso da função administrativa, legislativa e até mesmo judiciária para tanto, sob pena de esvaziamento do texto constitucional. Em decorrência da natureza híbrida do referido direito, é preciso se aferir a responsabilidade estatal pela efetividade dessa norma constitucional em seu âmbito prestacional, com a análise da existência de um dever indenizatório pelos danos causados em decorrência do mau aparelhamento do serviço público jurisdicional. Os contornos do tempo razoável, na qualidade de conceito jurídico indeterminado, devem ser elucidados, mediante a apresentação de critérios úteis de determinação no caso concreto, seja pelo Estado-legislador ou mesmo, no caso de omissão daquele, pelo Estado-juiz. Quanto à metodologia adotada, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental, com análise jurisprudencial, a respeito do tema, o qual é abordado à luz do Direito Constitucional, cujas implicações recaem nos âmbitos administrativo e processual. A existência de condenação do Brasil pela Corte Internacional, enquanto os tribunais nacionais aplicam a teoria da irresponsabilidade pelo ato judicial administrativo não previsto expressamente no texto constitucional, demonstra a importância desta temática ao se questionar o papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chaves: eficiência judiciária; função administrativa judicial; tempo processual.

ABSTRACT

Based on the applicability of the efficiency duty to Judiciary, we seek through this work give effectiveness to the fundamental right to reasonable length of process by identifying the time as a criteria for evaluating the quality of the judicial public service provided. Is identified as a directly applicable rights or as a right that requires regulation, the State has the duty-power to achieve it, using the administrative function, legislative and even judicial to do so under the consequence of making a inefficient Constitution. Due to the hybrid nature of this right, it is necessary to assess the state responsibility for this inefficiency in its positive scope, analyzing the existence of a right to compensation for damage caused by the poor condition of the judicial public service. Because it is an indeterminate legal concept, the identification of reasonable time in each process should be clarified by filing criteria, either by the State legislator or even, in the case of omission of that, the State judge. The methodology used in this paper uses the bibliographic and documentary research, with jurisprudential analysis on the subject, which is approached in the light of constitutional law with implications in administrative and procedural levels. The existence of condemnation of Brazil by the International Court, while national courts apply the theory of irresponsibility for acts of judicial management, it demonstrates the importance of this subject, because it questions the role of the Judiciary in the enforcement of fundamental rights.

Keyword: judicial efficiency; judicial administrative function; procedural time.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	15
2.1 O tempo, o processo e a função do Poder Judiciário	15
2.2 Da evolução histórica do princípio da duração razoável do processo	18
2.3 O princípio da eficiência e o Poder Judiciário	21
2.4 Aspectos constitucionais sobre o direito fundamental a duração razoável do processo	23
2.5 Fatores que contribuem para a morosidade do Judiciário	26
2.5.1 <i>Problemáticas de ordem normativa</i>	28
2.5.2 <i>Problemáticas de ordem estrutural</i>	30
2.5.3 <i>Problemáticas de ordem capacitatória</i>	32
2.6 Dos efeitos da não duração razoável do processo	33
2.6.1 <i>Dos efeitos não processuais</i>	33
2.6.2 <i>Dos efeitos processuais</i>	35
3 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS JUDICIAIS OMISSIVOS	36
3.1 Considerações introdutórias	36
3.2 A evolução histórica das teorias envolvendo a responsabilidade civil estatal ..	38
3.3 A responsabilidade civil do estado no ordenamento jurídico brasileiro	42
3.4 Breves considerações sobre os pressupostos gerais da responsabilidade civil do estado e suas excludentes	45
3.4.1 <i>Da ação administrativa, do dano e do nexu causal</i>	46
3.4.2 <i>Do caso fortuito, da força maior, do fato de terceiro e da culpa exclusiva e concorrente da vítima</i>	51
3.4.3 <i>Das excludentes de ilicitude e das excludentes de responsabilidade</i>	54

3.5 A responsabilidade civil do estado por omissão na prestação do serviço público	55
3.6 A responsabilidade civil do estado pela prestação jurisdicional	60
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL PELA INEFICIÊNCIA DO DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	67
4.1 Da eficácia do direito fundamental prestacional à duração razoável do processo	67
4.2 Da irrazoabilidade temporal na tomada de decisão como ato judicial imperfeito indenizável	75
4.3 Critérios para aferição da intempestividade da prestação jurisdicional e as cláusulas de barreira	82
4.4 Do Mandado de Injunção n.º715/2005	88
4.5 Da <i>Legge Pinto</i> e o Projeto de Lei n.º7.599/2006.....	91
4.6 A reparação civil pela morosidade do judiciário dentro do Novo CPC.....	94
5 CONCLUSÃO.....	98
REFERÊNCIAS.....	102

1 INTRODUÇÃO

A emenda constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, trouxe importante inovação ao ordenamento jurídico nacional, positivando no inciso LXXVIII, inserido no art. 5º, da Carta Magna do País, o que a doutrina veio a denominar de direito fundamental à duração razoável do processo ao estabelecer que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Apesar de alguns autores defenderem que essa norma já estava implicitamente prevista, infelizmente, nem a sua elevação ao *status* constitucional foi capaz de modificar a realidade do Judiciário nacional.

O interesse pelo tema em apreço é oriundo da própria prática vivenciada junto ao Poder Judiciário brasileiro, já que, infelizmente, não são raros os casos de processos tramitando por mais de décadas, sem que haja qualquer previsão de quando será proferida uma decisão definitiva albergada pela coisa julgada. Consoante denuncia o Conselho Nacional de Justiça, por meio do relatório anualmente disponibilizado chamado de "Justiça em Números", o elevado número de processos em tramite aguardando solução é uma adversidade do serviço judiciário nacional que vem se repetindo ano a ano.

Apesar de não ser uma problemática exclusiva deste País, as altas taxas de congestionamento dos processos, que sobrecarregam os tribunais brasileiros, são oriundas de fatores imputáveis direta ou indiretamente ao próprio Estado, chegando a doutrina inclusive a classificá-los em três principais ramos: causas de ordem normativa, as quais levam em consideração a burocratização da legislação; as de ordem estrutural, por abranger a insuficiência e a inadequação dos aparatos envolvidos no funcionamento do Poder Judiciário como pessoal, material e tecnologia; e as de ordem capacitatória, relacionadas com a qualificação dos profissionais que atuam na atividade jurídica.

Nesse diapasão, busca-se, por meio deste trabalho científico, identificar qual a responsabilidade civil estatal em face da prestação de um serviço jurisdicional defeituoso unicamente pelo mau aparelhamento da máquina pública. Apesar de ser competência do magistrado o impulso oficial do processo, garantindo que o feito tramite de forma regular, pouco pode fazer este agente público quando não possui recursos adequados para tanto. Por ser a efetividade dos direitos fundamentais

dever-poder de todos os três Poderes, qual a responsabilidade do Poder Judiciário pelos seus atos de gestão?

A prestação do serviço público jurisdicional ineficiente seja por meio da prolação de *decisum* desprovido de supedâneo jurídico ou mesmo mediante a uma atuação tardia é capaz de causar danos ao próprio jurisdicionado, não apenas de âmbito moral, mas igualmente no âmbito material. Ainda que se defenda a impossibilidade jurídica da responsabilização do Estado pela função legislativa e judiciária, não existem maiores questionamento quanto à aplicabilidade do art.37, §6º às funções meramente administrativas, as quais são desempenhadas típica ou atipicamente pelos três Poderes Públicos.

Em meio ao neoconstitucionalismo, movimento que busca garantir maior eficácia ao texto constitucional, a interpretação do direito fundamental à duração razoável do processo exige um maior cuidado do aplicador, haja vista tratar-se de norma de cunho híbrido, contendo exigências prestacionais, cuja efetivação provém da própria gestão de políticas públicas. Sem que haja violação ao princípio da separação dos Poderes, importante se faz aferir qual o papel do Judiciário em garantir a aplicabilidade direta e imediata deste direito fundamental.

Por meio da aproximação do Direito Constitucional com o Administrativo e Processual, investiga-se a viabilidade da utilização do tempo processual como medida da própria eficiência judiciária, a fim de se aferir se há no ordenamento jurídico brasileiro supedâneo jurídico capaz de garantir ao jurisdicionado lesado o direito de ser indenizado pelos danos sofridos em decorrência do mau aparelhamento do serviço público. Para isso, importante se faz analisar os contornos desse conceito jurídico indeterminado, identificando a competência do magistrado diante de tal norma aberta.

A temática ganha ainda maior relevância em decorrência do fato de o Brasil já ter sido condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pela prestação judiciária intempestiva com fulcro no Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional este que compõe o ordenamento jurídico brasileiro por força do art.5º, §2º, da Constituição Federal de 1988. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, apesar de reconhecer a validade desta norma no âmbito nacional, atribuindo inclusive a este *status* supralegal, aplica a teoria da irresponsabilidade civil estatal pelos danos ocasionados pela morosidade processual.

Ressalte-se ainda que o que ora se analisa não é uma solução para a morosidade do Judiciário, haja vista o mau aparelhamento do Poder Público somente poder ser superado mediante o direcionamento de políticas públicas eficientes nesse sentido. Busca-se por meio deste trabalho o desenvolvimento de uma medida paliativa, a qual não possui capacidade para resolver tal problema, mas permite que o jurisdicionado consiga ser reparado dos danos causados pelo próprio serviço público jurisdicional imperfeito.

A metodologia a ser utilizada no trabalho basear-se-á em um estudo descritivo-exploratório, de natureza qualitativa, desenvolvido através de pesquisa, seja no campo bibliográfico, mediante explicações embasadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos e dados oficiais publicados na internet, que abordem direta ou indiretamente a responsabilidade civil do Estado pelos atos judiciais e o princípio da duração razoável do processo, seja no campo jurisprudencial, mediante análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelos tribunais internacionais sobre o tema, seja no campo legislativo, averiguando-se a existência de normas estrangeiras.

Dessa maneira, é notável a relevância de se estudar a responsabilidade civil do Estado pelos danos decorrentes da duração irrazoada do processo, por ser uma problemática que vai além do debate doutrinário, interferindo diretamente na ordem político-jurídico do País. Além do interesse eminentemente jurídico, pode-se ainda afirmar que o objeto por ora pretendido é matéria de relevo social, por ser a prestação jurisdicional adequada uma matriz basilar para a própria efetivação dos direitos fundamentais.

2 DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

2.1 O tempo, o processo e a função do Poder Judiciário

Consoante expõe ROCHA (2009, 185-186), o processo deve ser compreendido como uma sequência de atos praticados tanto pelos órgãos jurisdicionais quanto pelas partes, os quais são necessários para alcançar o resultado final, qual seja a concretização do direito, possuindo as seguintes características básicas: complexidade, dimensão temporal, interdependência entre seus atos e progressividade. Assim, por ser um instrumento da prestação jurisdicional formado por um conjunto de atos, os quais são relacionados entre si em um grau de progressividade por almejar a consecução de um resultado final, o processo é um fenômeno complexo, cuja essência encontra-se necessariamente atrelada ao tempo.

Apesar de ser conhecido por todos, o tempo demonstra ser uma daquelas grandezas de fácil percepção, mas de árdua conceituação. Para ARISTÓTELES (1995, p.152-153), o tempo se define pelo movimento, sendo a recíproca igualmente verdadeira, entendendo ser a consciência de seu passar um fruto da percepção por um espírito observador do antes e do depois da ocorrência de determinada mudança¹. KANT (1872, p.28), por sua vez, passa a compreendê-lo como o

¹ Essas são as palavras de ARISTÓTELES (1995, p.152-153) sobre a definição de tempo: "Pero sin cambio no hay tiempo; pues cuando no cambiamos en nuestro pensamiento o no advertimos que estamos cambiando, no nos parece que el tiempo haya transcurrido, como les sucedió a aquellos que en Cerdeña, según dice la leyenda, se despertaron de su largo sueño junto a los héroes: que enlazaron el ahora anterior con el posterior y los unificaron en un único ahora, omitiendo el tiempo intermedio en el que habían estado insensibles. Por lo tanto, así como no habría tiempo si el ahora no fuese diferente, sino uno y el mismo, así también se piensa que no hay un tiempo intermedio cuando no se advierte que el ahora es diferente. Y puesto que cuando no distinguimos ningún cambio, y el alma permanece en un único momento indiferenciado, no pensamos que haya transcurrido tiempo, y puesto que cuando lo percibimos y distinguimos decimos que el tiempo ha transcurrido, es evidente entonces que no hay tiempo sin movimiento ni cambio. Luego es evidente que el tiempo no es un movimiento, pero no hay tiempo sin movimiento. Y puesto que investigamos qué es el tiempo, tenemos que tomar lo anterior como punto de partida para establecer qué es el tiempo con respecto al movimiento. Percibimos el tiempo junto con el movimiento; pues, cuando estamos en la oscuridad y no experimentamos ninguna modificación corpórea, si hay algún movimiento en el alma nos parece al punto que junto con el movimiento ha transcurrido también algún tiempo; y cuando nos parece que algún tiempo ha transcurrido, nos parece también que ha habido simultáneamente algún movimiento. Por consiguiente, el tiempo es o un movimiento o algo perteneciente al movimiento. Pero puesto que no es un movimiento, tendrá que ser algo perteneciente al movimiento. (...) Así pues, cuando percibimos el ahora como una unidad, y no como anterior y posterior en el movimiento, o como el mismo con respecto a lo anterior y lo posterior, entonces no parece que haya transcurrido algún tiempo, ya que no ha habido ningún movimiento. Pero cuando percibimos un antes y un después, entonces hablamos de tiempo. Porque el tiempo es justamente esto: número del movimiento según el antes y después".

resultado de nossa experiência sensível diante dos fenômenos reais, sendo elemento inerente ao sujeito e não ao objeto². Dispondo sobre o progresso epistemológico dos conceitos científicos relacionados ao tempo, MARTINS (2004, p.105- 109) chega a apresentar, quanto aos diversos conceitos já formulados, uma estrutura hierárquica das quatro mais importantes escolas³.

²KANT (1872, p.28) traz o seguinte conceito de tempo: “1.Time is not an empirical conception. For neither coexistence nor succession would be perceived by us, if the representation of time did not exist as a foundation *à priori*. Without this presupposition we could not represent to our-selves that things exist together at one and same time, or at different time, that is, contemporaneously, or in succession. 2. Time is a necessary representation, lying at the foundation of all intuitions. With regard to *phænomena* in general, we cannot think away time from them, and represent them to ourselves as out of and unconnected with time, but we can quite well represent to ourselves time void of *phænomena*. Time is therefore given *à priori*. In it alone is all reality of phenomena possible. These may all be annihilated in thought, but time itself, as the universal condition of their possibility, cannot be so annulled. (...) Time is not a discursive, or as it is called, general conception, but a pure form of sensuous intuition. Different times are merely parts of one and the same time. But the representation which can only be given by a single object is an intuition. Besides, the proposition, that different times cannot be co-existent, could not derived from a general conception. For this proposition is synthetical, and therefore cannot spring out of conceptions alone. It is therefore contained immediately in the intuition and representation of time.”

³Leia-se: “Realismo Ingênuo: Sob esta denominação estaremos associando uma noção de tempo essencialmente carregada de subjetividade e marcada pelo egocentrismo. Do ponto de vista de sua construção psicológica, como vimos nos estudos de Piaget, o tempo, antes de objetivar-se e tornar-se efetivamente uma “coordenação de movimentos com velocidades diferentes”, é marcado por uma série de “centrações” indevidas por parte do sujeito. Dessa forma, tanto do ponto de vista do tempo psicológico como do tempo físico, o sujeito associa indevidamente o tempo a outras variáveis, tais como: o esforço físico (quanto maior o esforço para a realização de uma atividade, mais tempo passa) ou a distância (um objeto que percorre uma distância maior do que outro leva necessariamente mais tempo para fazê-lo). A existência dessas “centrações” leva a um tempo heterogêneo, porquanto não aplicável a todos os objetos e movimentos. A não existência de um tempo comum a todos eles (e, nesse sentido, objetivo) é uma característica marcante do que caracterizamos como um pensamento realista relativamente ao tempo.(...)Empirismo:O estabelecimento de um “empirismo claro” pressupõe a superação do pensamento realista, em que o tempo heterogêneo impede a atribuição de um tempo único e comum a todos os objetos e movimento. Além disso, o tempo já não é apenas qualitativo, mas quantitativo. A construção psicológica do tempo evidenciou, como vimos Piaget, que a objetivação do tempo (qualitativo) é conquistada concomitantemente ao “tempo métrico”, ou seja, somente com a compreensão da existência de um tempo comum a relógios e ações a cronometrar é que a métrica temporal torna-se possível. Para o pensamento empírico, o tempo – comum e objetivo – é uma quantidade mensurável, passível de marcação ou medição de modo unívoco, o que implica a existência de um aparelho de medida que, ao mesmo tempo, marque e defina essa grandeza. Esse aparelho pode ser mais ou menos preciso, mais ou menos “moderno”, mas sempre procurará medir um tempo compreendido como objetivo, comum a todos os indivíduos. (...)Apesar de podermos pensar o tempo, nesse estágio, como linear, contínuo e homogêneo, tais “propriedades” não se encontram vinculadas a uma perspectiva de conjunto a um ideal teórico. No empirismo, tal como concebemos, o tempo ainda não se insere num corpo de conhecimento articulado. Racionalismo Tradicional: Indo além da medida objetiva, chamaremos de racionalista o conceito de tempo que se insere num corpo de conhecimento. (...)Conquistado e superado (alargado) o empirismo, reencontramos o tempo com outro status ontológico: ele passa a ter uma “existência em si”, é algo absoluto e que (no próprio dizer de Newton) independe de qualquer coisa externa. Dessa forma, podemos distinguir esse tempo de sua medida aproximada (que Newton chama de “tempo relativo” nos Principia...). O relógio já não define o tempo, apenas o marca. A separação entre tempo e medida do tempo é uma característica marcante do pensamento racionalista com referência a esse conceito. Surracionalismo: O racionalismo que se alarga e se dialetiza acaba retificando e transformando o conceito de tempo moldado pelo racionalismo tradicional. O conceito surracionalista de tempo seria extraído da física mais

Observa-se, portanto, que, apesar da precisão de alguns relógios, o conceito de tempo pende de exatidão. Problemática ainda mais complexa surge quando se tenta determinar qual seria o tempo ideal para a prestação jurisdicional, ante a necessidade de se solucionar os conflitos sociais não apenas de forma justa, mas também de maneira rápida e definitiva, já que a prestação jurisdicional intempestiva coloca em risco a própria função social do processo.

NUNES (2010, p.124) esclarece que a demora processual era tratada por parte da doutrina como uma mera consequência do processo, razão pela qual se considerava que o direito processual somente deveria se ater às questões de ordem exclusivamente técnicas, implicando no necessário menosprezo aos seus efeitos colaterais, concepção esta que somente veio a ser modificada com a observação da frequência em que ocorria a perda de interesse do autor pela prestação jurisdicional ou mesmo o seu falecimento durante o curso processual.

Com o fortalecimento do texto constitucional trazido pelo constitucionalismo contemporâneo, o Poder Judiciário passou a ter um importante papel na concretização dos direitos fundamentais e sociais positivados, chegando ROSSI e PAMPLONA (2013, p.16) a defender que “ao juiz cabe a tarefa primordial de racionalizar o sistema jurídico tomando-se como pauta os princípios éticos e políticos estabelecidos na própria Constituição”.

Nesse sentido, assim afirma FRANCO (2001, p.99):

avançada. Por um lado, a teoria da relatividade especial irá negar o tempo absoluto newtoniano, estabelecendo que o transcorrer do tempo depende do referencial adotado. As leituras dos relógios dependem essencialmente da velocidade relativa entre referenciais inerciais (em substituição às “transformações de Galileu”, temos agora as “transformações de Lorentz”), como vimos. A simultaneidade também é mais absoluta, e o tempo compõe o espaço uma nova entidade: o espaço-tempo quadridimensional. E do ponto de vista da relatividade geral, a geometria desse espaço-tempo é afetada pela presença de matéria, o que faz o transcorrer do tempo depender da intensidade do campo gravitacional. Por outro lado, a termodinâmica e a mecânica estatística também contribuem para a retificação (no sentido mesmo bachelardiano) do conceito racionalista tradicional de tempo, oferecendo uma abordagem explicativa, de natureza probabilística, para a existência de um sentido preferencial para o transcorrer do tempo (irreversibilidade). Se essa anisotropia temporal era restrita a uma “constatação sem explicações” nos estágios anteriores, agora ela é um resultado (oriundo da mesma coerência racional que uniu a mecânica à termodinâmica, fundando a mecânica estatística). Embora haja uma clara ruptura com o conceito racionalista de tempo, do ponto de vista filosófico, as novas características e propriedades do tempo surracional proporcionam verdadeira generalização da noção anterior, do ponto de vista estritamente lógico-matemático. (...) Ontologicamente, o tempo (objetivo) absoluto foi superado em favor da ideia de um tempo relativo. Deixa de ter sentido pensarmos na existência do tempo independentemente da matéria do universo. Uma vez que os sujeitos de nossa pesquisa dificilmente manifestam visões que contenham aspectos do conceito surracionalista de tempo, não nos preocupamos aqui em diferenciar o racionalismo complexo do racionalismo dialético. Além disso, muitas questões relativas ao tempo permanecem em aberto ainda hoje, o que tornaria essa possível diferenciação ainda mais difícil e controversa”.

Uma sociedade marcada por profunda exclusão social não se compatibiliza com o perfil de um juiz apegado ao texto da lei, insensível ao social, de visão compartimentada do saber, auto-suficiente e corporativo. E, acima de tudo, com um juiz que ainda não teve a percepção de que sua legitimação não se apóia na vontade ou nas leis de mercado, mas substancialmente na sua função central de garantidor dos direitos que atribuem dignidade ao ser humano e dos valores axiológicos incorporados aos modelos sociais que têm a democracia como uma garantia irrenunciável.

Apesar da importância da atuação judicial na efetivação dos valores sociais constitucionalmente positivados, é possível se observar atualmente um descompasso entre os meios materiais e humanos empregados pelo Estado no Poder Judiciário e a crescente necessidade de uma prestação jurisdicional célere e justa, tendo a morosidade e a falta de qualidade das decisões como consequências que implicam no descrédito do cidadão comum na justiça. (SPENGLER e SPENGLER NETO, 2013, p.120).

Diante disso, importante se aqui traçar algumas breves considerações sobre o princípio da duração razoável do processo e como esse vem sendo desrespeitado pelos órgãos judiciais nacionais, apontando as principais causas da morosidade do Judiciário, a fim de atribuir à responsabilidade pelo atraso ao verdadeiro culpado.

2.2 Da evolução histórica do princípio da duração razoável do processo

O princípio da duração razoável do processo tem em dois documentos ingleses a sua origem. A Magna Carta das Liberdades ou Concórdia do Rei João da Inglaterra, conhecido por João Sem Terra, dispunha expressamente em seu art.40 que a ninguém seria vendido, recusado ou atrasado o direito à justiça, enquanto que o Habeas Corpus Act de 1679 denunciava em seu preâmbulo, em meio às justificativas para a adoção da mencionada lei, que muitos súditos do rei ficavam aprisionados por longo tempo aguardando a resposta dos *writs* enviados aos ofícios. (ARRUDA, 2006, p. 29-35)

Nos Estados Unidos, o *speedy trial* tem sua origem no Pennsylvania Frame of Government de 1682 e no Virginia Declaration of Rights de 1776, normas que influenciaram diversos estados americanos a positivar tal direito constitucionalmente, após a independência, cuja importância foi ressaltada com a promulgação em nível nacional da 6ª emenda da Constituição Norte-Americana, a

qual estabelece o julgamento rápido às causas de natureza criminal. (HERMAN, 2006, p.165-167)

Por sua vez, a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, datada de 04 de novembro de 1950, dispõe, em seu artigo 6º (1), que “in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law”, obrigando os Estados signatários a aplicar o direito a duração razoável do processo não apenas em face de casos criminais, mas também em processos de natureza cível.

No âmbito continental americano, ressalte-se que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direito Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a qual entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, tendo sido ratificada por este País por meio do Decreto n.º678, de 6 de novembro de 1992, dispondo assim o seu art.8º (1):

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação pena formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

É de se observar, portanto, que o direito a duração razoável do processo, positivado no referido tratado internacional, fora inserido no ordenamento jurídico brasileiro como uma garantia do próprio processo justo, independentemente de sua natureza criminal, cível ou mesmo administrativa, podendo ser aplicado no caso concreto por força do art.5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, como uma norma de status supralegal.⁴

⁴ Nesse sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal no Julgamento: “HABEAS CORPUS. SALVO-CONDUTO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do “responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia” (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é de eficácia restringível. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser apontadas por lei, quebrantando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece

No direito interno, a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, e a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, nada mencionaram sobre ao referido direito, o qual encontra sua primeira aparição no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, ao dispor em seu art.113 (35), inserido dentro do capítulo denominado de “Dos Direitos e das Garantias Individuais”, que “a lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas”.

Por ser uma referência genérica, defende LIMA (2011, p.81) que o constituinte abarcou com tal dispositivo tanto os processos judiciais, sejam estes de natureza cível ou criminal, quanto os administrativos, entendendo-se por 'repartições públicas' qualquer dos órgãos ou entidades que compõem a Administração Pública, pois “esdrúxula seria a interpretação que concluísse pelo direito/dever de celeridade no âmbito administrativo e não no judicial”.

Por sua vez, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, fez referência ao rápido andamento processual dos processos migrados para o Supremo Tribunal Federal, assim determinando o art.185 do mencionado diploma:

Art 185 - O julgamento das causas em curso na extinta Justiça Federal e no atual Supremo Tribunal Federal será regulado por decreto especial que prescreverá, do modo mais conveniente ao rápido andamento dos processos, o regime transitório entre a antiga e a nova organização judiciária estabelecida nesta Constituição.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, da mesma forma que o texto constitucional de 1934, recoloca a necessidade de rápido andamento processual dentro dos direitos e garantias individuais arrolados no seu art.141. Apesar da existência de menções anteriores, a Constituição da República do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, bem como a Emenda Constitucional n.º01, de 17 de outubro de 1969, significaram um retrocesso com relação ao mencionado direito, haja vista inexistir qualquer previsão deste nos mencionados

como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional -- à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º --, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. 4. No caso, o paciente corre o risco de ver contra si expedido mandado prisional por se encontrar na situação de infiel depositário judicial. 5. Ordem concedida”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94013 / SP - SÃO PAULO. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO.Julgamento: 10/02/2009. Órgão Julgador: Primeira Turma)

textos constitucionais.

2.3 O princípio da eficiência e o Poder Judiciário

Apesar de o texto original da Constituição Federal de 1988 nada dispor expressamente sobre o princípio da duração razoável do processo, a positivação do dever de eficiência por meio da Emenda Constitucional n.º19/98, demonstra o anseio social por uma melhor prestação do serviço público, esclarecendo MORAES (1999, p 128) que “a constitucionalização do princípio da eficiência surgiu em reação contra dos desmandos e inconseqüências do modelo burocrático e tecnocrático do Estado, cujos desacertos restavam encobertos pelo manto da irresponsabilidade”.

Com relação a referida emenda, dispõe LIMA (2011, p. 140) que:

No texto originário da proposta de emenda constitucional previa-se o princípio da “qualidade do serviço”. Emenda no Senado Federal implicou sua substituição pelo princípio da eficiência, termo tecnicamente mais preciso e adequado. Observa-se que se migrou na tramitação legislativa de uma terminologia restritiva e amesquinhadora para uma ampliadora e elevadora. É indubitoso que eficiência é mais que mera qualidade na prestação de um serviço, ainda que desta decorra e esteja contida naquela noção.

Cumprindo inicialmente ressaltar que, dentro da ciência administrativa, o termo eficiência e eficácia não são considerados sinônimos, embora sejam relacionados. Conforme esclarece CHIAVENATO (2003, p.155), enquanto eficácia é uma medida de alcance de resultados, a eficiência é uma medida de utilização dos meios, ou seja, “a eficiência preocupa-se com os meios, com os métodos e procedimentos mais indicados que precisam ser devidamente planejados e organizados a fim de assegurar a otimização da utilização dos recursos disponíveis”, estando o alcance dos objetivos visados na seara da eficácia.

Apesar da referida distinção dentro da ciência administrativa, defende ÁVILA (2005, p.23/24) que:

Eficiência é a atuação administrativa que promove de forma satisfatória os fins em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Para que a administração esteja de acordo com o dever de eficiência, não basta escolher meios adequados para promover seus fins. A eficiência exige mais do que a mera adequação. Ela exige satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos à administração. Escolher um meio adequado para promover um fim, mas que promove o fim de modo insignificante, com muitos efeitos negativos paralelos ou com pouca certeza, é violar o dever de eficiência administrativa. O dever de eficiência traduz-se, pois, na exigência de

promoção satisfatória dos fins atribuídos à administração pública, considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim.

É de se observar, portanto, que o princípio da eficiência é mais abrangente do que o conceito administrativo dado ao referido termo, haja vista se exigir do administrador uma atuação de forma satisfativa não apenas com relação aos meios utilizados, mas também com relação aos resultados alcançados, defendendo MELLO (2014, p.125) que este é uma faceta de um princípio mais amplo, qual seja o da boa administração. Assim, o dever de eficiência tem sido compreendido como um verdadeiro exemplo de superação do regime burocrático formal legitimado pelo procedimento, ao impor um regime gerencial material (pragmático) legitimado pelo resultado (LIMA, 2011, p.144).

Apesar de consistir em verdadeiro conceito jurídico indeterminado, defende LEAL (2008, p.1-2) que o princípio da eficiência possui em seu núcleo semântico: presteza, precisão, perfeição, rendimento funcional, idoneidade, economicidade, qualidade, otimização, busca do melhor, priorização, integração, funcionalidade e desempenho. Embora seja uma opção para o setor privado, para o setor público a eficiência deve ser encarada como um dever constitucional, defendendo MORAES (2006, p.23) inclusive a possibilidade jurídica de se realizar o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários com fulcro neste princípio ao permitir que o Poder Judiciário anule atos que frontalmente divirjam dessa característica gerencial.

Ressalte-se que o princípio da eficiência é igualmente dirigido para todos os Poderes, impondo ao Judiciário o dever de prestar a atividade que exerce em regime de monopólio com presteza, retirando dos atos típicos e atípicos o seu melhor rendimento funcional. Nesse sentido, defende REDONDO (2013, p.99):

É evidente que esse dever de eficiência da Administração é igualmente aplicável ao Poder Judiciário. Primeiramente, porque ainda que a função administrativa seja a função típica do Poder Executivo, sabe-se que os demais Poderes (Judiciário e Legislativo) também exercem atividade administrativa, ainda que de forma atípica. Em segundo lugar, porque mesmo para o exercício da função típica jurisdicional, é evidente que a eficiência deve ser igualmente observada, sendo possível, inclusive, considerar o “serviço jurisdicional” como uma espécie de “serviço público”.

Assim, pode-se concluir que o Poder Judiciário será eficiente na medida em que aprimorar os meios, os métodos e os procedimentos utilizados para exercer

a atividade jurisdicional, de modo a garantir o efetivo acesso à justiça, com a prestação de decisões justas dentro de um prazo razoável.

2.4 Aspectos constitucionais sobre o direito fundamental a duração razoável do processo

Explana ARRUDA (2013, p.507) que “passados mais de 20 anos de promulgação da Constituição Federal, dezenas de emendas promoveram acréscimos, supressões ou modificações no texto constitucional, sendo que apenas uma delas recaiu sobre o corpo deste art.5º da Lei Magna”, qual seja a Emenda Constitucional n.º45 que, dentre outras alterações, incluiu o inciso LXXVIII, o qual dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Apesar do extensivo rol de direitos fundamentais positivados no referido art.5º da atual Carta Magna, a inclusão expressa neste do princípio da duração razoável do processo, o único depois de décadas de reformas constitucionais, já demonstra a importância e a relevância que deve ser dada ao tema, implicando na consolidação de uma nova etapa pautada na eficiência da Administração Pública como um todo.

O princípio da duração razoável do processo é conceituado por JOBIM (2012, p.119) como uma garantia dada a todos aqueles que ingressem perante o Poder Judiciário de que a prestação jurisdicional será ministrada dentro de um prazo razoável, não podendo ser confundido com o direito à celeridade processual, pois neste último caso o que se garante ao jurisdicionado é que os atos processuais serão realizados no menor espaço de tempo possível em uma linha mais de economia processual.

Por ser um dos princípios norteadores do direito processual, a titularidade dessa garantia está indubitavelmente atrelada a capacidade de ser parte. Consoante defende ARRUDA (2006, p. 242) os detentores desse direito, “assim como dos demais direitos processuais fundamentais, são aqueles que nos termos constitucionais e legais podem acionar ou ser acionados perante órgão jurisdicional”, ressaltando que o terceiro, estranho a esta relação processual, apesar de eventualmente sofrer o fardo da violação, não é necessariamente titular desse direito fundamental.

Por outro lado, todos aqueles que atuam na prestação jurisdicional, seja este parte, juiz, oficial de justiça, servidor etc, são incumbidos em garantir a tempestividade processual. Todavia, é o Estado o principal destinatário da referida norma, seja o Judiciário ao se exigir dos magistrados, na qualidade de administradores judiciários, uma maior observância a este princípio fundamental; seja o Legislativo ao se exigir a edição de um sistema processual que garanta uma tramitação célere, fixando eventuais consequências nos casos de morosidade; ou mesmo seja o Executivo por lhe caber arrecadar os recursos que financiarão os custos do cumprimento do dever de prestar justiça em tempo hábil, bem como cumprir as normas que lhes são impostas.(ARRUDA, 2013, p.509-510).

Por ser um direito fundamental positivado no rol previsto no art.5º da Constituição Federal de 1988, este deve obediência ao que dispõe o parágrafo primeiro do mencionado dispositivo quanto à necessidade de aplicação direta e imediata, cujas nuances serão mais bem abordadas no capítulo final deste trabalho. Por ser uma cláusula pétrea, qualquer emenda que vise aboli-la será inconstitucional, devendo qualquer emenda que buscar modificá-la ser submetida a um processo legislativo mais rigoroso, nos moldes determinados no art.60 da Constituição Federal de 1988.

Ressalte-se ainda que o interesse na solução célere dos conflitos trouxe uma problemática sobre o aparente conflito entre os princípios da segurança jurídica e da duração razoável do processo. De que adianta um prestação jurisdicional célere se esta não é justa ou uma decisão justa se há tempos perdeu-se o interesse por sua prestação? É no equilíbrio dessas duas pretensões, portanto, que o Poder Judiciário se tornará eficiente, nos moldes constitucionalmente estabelecidos pelo *caput* do art.37 da Carta Magna.

Deve-se, portanto, afastar do serviço público a concepção de *Justiça Fast-Food*, expressão utilizada para criticar a ideia de que a prestação jurisdicional deve ser a mais rápida possível, ainda que em detrimento da qualidade total do serviço. O tempo processual razoável deve ser compreendido como o tempo necessário para amadurecimento da própria demanda através da efetivação dos demais direitos processuais.

Assim, não há que se falar em conflito aparente entre o princípio da duração razoável do processo e o princípio da segurança jurídica, pois que o aquele garante é que o processo não seja objeto de medidas protelatórias ou mesmo

omissões injustificadas, acrescentando VIANA (2006, p.81) que “essa duração nem poderá ser tão ampla que comprometa a eficácia da prestação jurisdicional nem tão exígua que comprometa o exercício do contraditório da parte”.

Para RAWLS (1997, p. 3-4), o papel da justiça deve ser assim compreendido:

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas.

Dá análise cumulada dos art.2º com o art.262 do CPC, apesar de ser do jurisdicionado a iniciativa de levar determinado conflito ao conhecimento do Judiciário, cabe ao magistrado o impulso oficial do processo, competindo-lhe velar pela razoável solução dos litígios, com fulcro no art. 125, inciso II, do mesmo diploma. Todavia, só por meio de normas não burocráticas e de uma estrutura de trabalho adequada, terão os juízes as condições mínimas para garantir a eficiência do serviço público jurisdicional com a prolação de um *decisum* devidamente fundamentado dentro de um tempo considerado razoável.

Analisando os possíveis danos patrimoniais e extrapatrimoniais suportados pelo jurisdicionado em decorrência da duração irrazoada do processo, assim conclui STOCO (2013, Tomo II, p. 188):

Restou evidenciado, portanto, que – em tese – o reconhecimento da responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional poderá conduzir à indenização, tanto por dano material como moral.

O dano material necessita ser provado, e é o caso concreto que irá apontar no que consiste a indenização patrimonial como *ad exemplum*: os juros de mora ou compensatórios pagos pelo vencido por um período maior do que o devido, em razão da demora no julgamento; a necessidade de arcar com alugueres por longo tempo em razão do não recebimento da indenização na desapropriação; os lucros cessantes em razão do bloqueio dos bens por tempo excedente ao razoável; o prejuízo que a tutela antecipada causou em razão do reconhecimento tardio, na decisão de mérito, de que a antecipação foi equivocada; o acréscimo de custas e honorários pela demora na solução da causa, e outras hipóteses.

O dano moral decorrerá dos malefícios que a demora no julgamento por vários anos causar à imagem da pessoa; o abalo de sua personalidade, no seu crédito; o sofrimento, a angústia, a dor etc.

A responsabilização estatal pela prestação jurisdicional intempestiva não pode ser interpretada como uma medida que irá solucionar a morosidade do Judiciário, pois tal problemática somente será definitivamente sanada por meio de

políticas públicas assim direcionadas. Esse dever de indenizar surge em suma pela própria omissão estatal em aparelhar devidamente a máquina pública, sendo na verdade um paliativo garantido ao jurisdicionado, quem, até a efetiva concretização do texto constitucional, possuirá o direito subjetivo de ser reparado pelos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais causados pela prestação do serviço público jurisdicional ineficiente.

2.5 Fatores que contribuem para a morosidade do Judiciário

Apesar de a duração razoável do processo ser um direito fundamental constitucionalmente previsto, o desrespeito à mencionada garantia ainda é uma realidade no Poder Judiciário brasileiro. A fim de fornecer dados mais concretos sobre a referida problemática, o Conselho Nacional de Justiça anualmente apresenta relatórios informando importantes dados sobre os tribunais nacionais, como por exemplo a taxa de congestionamento, que pode ser compreendida como a medição da efetividade de determinado tribunal em um certo período, ao levar em conta o total de casos novos impetrados, o número de processos baixados e o estoque ainda pendente.

Conforme informa o Conselho Nacional de Justiça (2015, p.34), no início de 2014, o Poder Judiciário possuía um acervo de 70,8 (setenta vírgula oito) milhões de processos pendentes e uma taxa de congestionamento de 71,4% (setenta e um vírgula quatro por cento). A partir de uma análise histórica da movimentação processual dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é possível se concluir que estes elevados números são resultado de um contínuo desequilíbrio entre o total de processos entrados e o total de processos baixados, de modo que se precisaria de 2(dois) anos e meio de trabalho, com a atual produtividade de magistrados e servidores, para zerar o estoque, caso não houvesse o ingresso de nenhuma nova demanda.

É dentro desse panorama que se insere o presente estudo sobre a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados, não por um equívoco de fato ou de direito no *decisum*, mas sim pela demora da prestação jurisdicional. Os danos, conforme mencionado no tópico anterior, são diversos, podendo-se aqui narrar o caso do ex-mecânico, que preso injustamente, morreu antes de receber o

quantum fixado na demanda reparatória que se arrastou por dez anos⁵ ou mesmo o caso do jurisdicionado que esperou por vinte anos para receber suas verbas trabalhistas⁶.

⁵ Assim narra Braga Netto (2014, p.172): “Talvez não haja, na história judiciária nacional, caso mais terrível do que o ocorrido com Marcos Mariano da Silva, ex-mecânico, desempregado, cego, tuberculoso e a espera de justiça. Assim é que Marcos Mariano da Silva vinha vivendo. Preso injustamente por um crime que não cometeu, passou dezenove anos na cadeia. Lá, contraiu tuberculose, ficou cego (tendo sido atingido por uma bomba de gás durante uma rebelião) e foi abandonado pela esposa e filhos. O caso é inacreditável, tem contorno kafkianos: preso em 1976, passou seis anos na cadeia, até o verdadeiro culpado pelo crime de que era acusado – homicídio – ter sido preso. Seu pesadelo, porém, não tinha terminado: três anos depois, ao ser parado em uma blitz, um policial civil o prendeu. O juiz, a quem a prisão fora comunicada, sem verificar sua situação, o mandou de volta ao presídio. Resultado: passou mais – pasmem – treze anos atrás das grades. A jurisprudência reconhece se tratar do mais grave atentado à dignidade da pessoa humana já acontecido na sociedade brasileira. A Ministra Denise Arruda diagnosticou: “Mostra simplesmente uma falha generalizada do Poder Executivo, do Ministério Público e do Poder Judiciário”. O Ministro Teori Zavascki lamentou: “Esse homem morreu e assistiu sua morte no cárcere”. O processo de indenização se arrastou por dez anos, e, embora o STJ tenha concedido vultuosa indenização – cerca de dois milhões de reais, entre danos morais e materiais -, o ex-mecânico, cego e tuberculoso, morreu justamente no dia que soube que ela será liberada. A ficção, às vezes, perde para a vida em ironia”.

⁶ Quanto ao referido caso, faz-se a seguir a transcrição de trecho da sentença proferida pela Juíza Federal Marisa Ferreira dos Santos na Ação Ordinária n.º0017372-59.1989.4.03.6100: “A morosidade da Justiça é a causa maior de seu descrédito pelo jurisdicionado: causa angústia, insatisfação. O Poder Judiciário, constitucionalmente investido na função da composição de conflitos, ao demorar para dar seu veredicto, acaba, ele mesmo, por ser causa de mais insatisfação e, conseqüentemente, de mais conflito. A Constituição Federal de 1988 assegura o acesso à Justiça. Ao do da garantia constitucional do direito de ação está a triste realidade da tramitação morosa dos processos, que fulmina os direitos fundamentais do cidadão, acaba com as esperanças do jurisdicionado e aumenta o descrédito na Justiça. A mesma interpretação pode ser dada ao Texto Constitucional de 1967, vigente à época dos fatos. Rui Barbosa já ensinava que Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Um processo lento e demorado nada mais é do que denegação de Justiça. A Justiça brasileira está congestionada. Por quê? Porque lhe falta infra-estrutura mínima para funcionar e ser eficiente: instalações adequadas, funcionários qualificados, Juízes em número suficiente, leis processuais menos burocráticas. Mas, acima de tudo, é necessário que o próprio Estado seja o primeiro a cumprir a Lei, e não o maior causador de seu descumprimento. Esta é a realidade, mas não se pode concluir que seja essa realidade de hoje o padrão de normalidade. O jurisdicionado não pode pagar por essa situação lamentável em que nos encontramos. Cabe à União Federal, no caso, velar e zelar para que os serviços públicos, inclusive o serviço judiciário, sejam eficientes; cabe a esse ente político a criação de condições para que esse serviço seja bem prestado. De nada adianta o trabalho insano de Juízes e funcionários se a estrutura em que se assentam não é adequada ao serviço que devem prestar. Mas, repito, o jurisdicionado não deve pagar por isso. Continua ele a ter direito à prestação jurisdicional eficaz, ou seja, apta à solução dos conflitos. Se a União Federal, ente político incumbido da prestação do serviço, não o põe à disposição do jurisdicionado de modo eficiente, e se dessa deficiente atuação sobrevém dano, incumbe-lhe indenizar. [...] A prestação jurisdicional rápida e, sobretudo, eficaz, é um direito público subjetivo do jurisdicionado, e não um favor que lhe é prestado pelo Estado-Juiz. Frustrado esse direito e ocasionado o dano, incide a responsabilidade objetiva. Não há um tempo ideal para a efetivação da prestação jurisdicional. Mas a lógica evidencia que a demora de 20 (vinte) anos ultrapassa os limites do razoável, mesmo em se considerando a já notória lentidão da justiça, agravada pelos sucessivos recursos protelatórios, estes, aliás, totalmente legais em face da legislação processual vigente. Justiça eficaz é aquela feita ao titular do direito e não a que será desfrutada por seus herdeiros se aquele sucumbir no curso de demorado processo. É inconcebível, por exemplo, que um aposentado da Previdência Social venha à Justiça reclamar seu crédito e não sobreviva para desfrutar do que lhe deve ser pago! É inconcebível que o trabalhador recorra à Justiça do Trabalho e só receba o que lhe é devido, e que, aliás, é fruto de seu trabalho, 20 (vinte) anos depois! Se a Justiça precisa ser repensada, que o seja, mas que pela omissão não pague o jurisdicionado!”. (SÃO PAULO, Justiça

Analisando tal problemática, a doutrina aponta diversas causas para a morosidade do Poder Judiciário, as quais, para fins didáticos, podem ser arroladas em três grandes grupos a seguir explorados (VASCONCELOS, 2013, p.45).

2.5.1 Problemáticas de ordem normativa

Um dos primeiros aspectos que devem ser analisados na busca pelas causas da morosidade do Poder Judiciário é a análise das próprias normas que regulamentam a tramitação dos processos, a fim de determinar se há falta de legislação dificultando os procedimentos ou mesmo o excesso leis produzindo entraves. Nesse diapasão, o excesso de recursos e a previsão do reexame necessário para a Fazenda são fatores normativos que merecem ser mais bem analisados.

Quando se fala em recursos protelatórios, não há como não se falar nos embargos infringentes. Positivado no art. 530 do CPC, os embargos infringentes são aplicáveis apenas “quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória”. Apesar do cabimento restrito, este recurso vem sofrendo severas críticas pela doutrina, por considerá-lo um verdadeiro *bis in idem*, ao permitir novo julgamento sobre o que já fora decidido, acarretando cristalina demora da prestação da tutela definitiva.

DIDIER JR. (2014, p. 207) afirma que

As críticas formuladas contra a manutenção dos embargos infringentes fundamentam-se, basicamente, em razões históricas ou no excesso de recursos que acarretariam a demora da entrega final da prestação jurisdicional. É que, com a interposição dos embargos infringentes, haveria, mais uma vez, o rejuízo da causa, prolongando, ainda mais, o andamento do processo. Tal reapreciação da causa, dizem as críticas, já é feita no exame da apelação, sendo excessivo e repetitivo proceder-se a ela, outra vez, com embargos infringentes. Ademais, não poderia admitir-se o cabimento de um recurso apenas em razão da existência de um voto vencido, eis que contrário à efetividade do processo um recurso com tal finalidade.

Ressalte-se que o mencionado recurso, apesar de ter sido originado no Direito Português, não é mais neste previsto, tornando o Direito Brasileiro o único ordenamento jurídico a adotá-lo. Apesar de o legislador ter tido diversas oportunidades para aboli-lo, optou cristalina e claramente em mantê-lo, ao entender que a sua existência asseguraria a segurança jurídica em detrimento da celeridade processual.

Ressalte-se que o Novo Código de Processo Civil retirou do ordenamento jurídico a previsão do referido recurso, todavia, estabeleceu no art.920 o que se segue:

Art.920. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores

Assim, a revisão de um julgado por um colegado mais amplo deixou de ser uma mera possibilidade mediante a apresentação de recurso para tornar-se parte do próprio trâmite processual em um verdadeiro “embargos à execução automática ou de ofício”, o que hialinamente irá influenciar de forma negativa no tempo processual.

É com essa mesma fundamentação que se critica a existência do reexame necessário. Não sendo entendido como recurso, por não atender ao princípio processual da taxatividade recursal, a este instituto foi atribuído a natureza jurídica de condição de eficácia da sentença, já que o próprio art. 475 do CPC prevê que determinadas decisões monocráticas não produzirão efeitos senão depois de confirmadas pelo tribunal correspondente, devendo obrigatoriamente passar pelo duplo grau de jurisdição, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n.º423, a qual dispõe que “não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ‘ex officio’, que se considera interposto ‘ex lege’”.

No Novo CPC, a remessa necessária continua mantida através do art.496 desse diploma, modificando-se apenas o valor mínimo para a sua ocorrência, o qual não é mais fixo (60 salários mínimos), mas variado conforme o poder econômico do dente demandado (1000 salários mínimos para a União, 500 salários mínimos para os Estados e 100 salários mínimos para os Municípios). Espera-se que tal alteração

processual influencie de forma positiva no tempo processual por ter elevado o valor limite de aplicação deste instituto.

Imperioso se faz observar que tanto os embargos infringentes como o reexame necessário são institutos processuais que acabam por desvalorizar a decisão do juízo monocrático, tornando-o um verdadeiro “grau de consultoria”, já que a decisão definitiva é de competência de outro órgão. Haja vista a Constituição Federal de 1988 não prever expressamente a existência desses institutos, não seria inconstitucional a modificação ou mesmo a abolição destes do ordenamento jurídico brasileiro.

Corroborando o que ora se alega, TUCCI (1997, p.136-137) complementa dizendo que:

Com efeito, apesar da regra da oralidade ter sido acolhida, com veemente rigor, pelo Código de Processo Civil¹, é certo que a sentença proferida pelo juiz de primeiro grau, salvo nas excepcionalíssimas hipóteses em que pode ser executada, na prática, não ostenta valor algum.

Esse paradoxo decorre da ampla recorribilidade das decisões, mesmo em questões exclusivamente de fato, que põe a perder, à evidência, a utilidade inquestionável da imediatidade, da identidade física do juiz e da concentração.

2.5.2 Problemáticas de ordem estrutural

Por causas de ordem estrutural, deve-se entender todos aqueles fatores relacionados aos aparatos envolvidos no funcionamento do Poder Judiciário, ou seja, pessoal, material e tecnologia. Informa o Conselho Nacional de Justiça (2015, p.29) que a despesa total do Poder Judiciário no ano de 2014 aproximou-se da cifra de R\$68,4 bilhões, dos quais 89,5% foram gastos com recursos humanos, cujo montante tem se mantido relativamente estável desde o ano de 2009.

Assevera ainda o referido Conselho (2015, p.112) que, apesar de ter ocorrido uma redução do número de servidores em 0,2% (zero vírgula dois por cento) e existirem vagos 3.801 cargos de magistrado representando 24% do total (vinte e quatro por cento do total), a produtividade da Justiça Estadual vem aumentando em decorrência do aumento do índice de produtividade.

A melhoria dos números do Poder Judiciário ano a ano é devido a adoção de políticas públicas assim direcionadas, permitindo um melhor aparelhamento desse setor. Diante disso, conclui-se que a suposta insuficiência de pessoal, fator reiteradamente utilizado como justificativa para o desrespeito à duração razoável do processo, não é a causa determinante para a morosidade do Judiciário. Apesar de o

aumento na contratação de servidores ser necessário, é preciso, antes de tudo, se corrigir a substancial discrepância de eficiência entre os tribunais.

Não há como se negar que a informatização dos processos e dos procedimentos, apesar de recentes, trouxeram mudanças substanciais nos métodos de trabalho e no consumo de material utilizado pelo Judiciário, tornando o computador umas das ferramentas mais importantes dentro de uma secretaria. Decisões que antes eram produzidas à mão, agora são digitadas e impressas em quantas cópias forem necessárias, podendo inclusive disponibilizá-las instantaneamente às partes pela rede mundial de computadores.

Todavia, essa não é a realidade vivenciada por todos os magistrados. Denuncia a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro (2012, p.01-02) em documento encaminhado ao Conselho Nacional de Justiça que:

O presente requerimento versa sobre questões reiteradamente apreciadas por este Conselho, e decorre de um conjunto de problemas persistentes no Tribunal Requerido, resultando em insuportável empecilho ao acesso à Justiça e em extrema morosidade na prestação jurisdicional.

Falta de juízes titulares nas varas e juizados, número insuficiente de servidores nos cartórios; desequilíbrio na distribuição das atribuições entre varas; instalações precárias que tornam sofrível o acesso por parte de jurisdicionados idosos e pessoas deficientes ou acometidas por enfermidades; computadores e impressoras ineficientes; sistema de som precário, conciliadores e juízes leigos mal qualificados para desempenho das funções nos juizados; número de peritos contábeis insuficiente; falta de critérios claros e objetivos na distribuição de recursos relativos a espaço de instalação das serventias, alto número de juízes exercendo função de auxílio nos gabinetes.

As condições precárias do Judiciário, principalmente dos órgãos de primeira instância situados em determinadas comarcas brasileiras, são de conhecimento público. Computadores antigos e impressoras com defeito estão longe de serem os únicos problemas enfrentados pelos serventuários da justiça dessas localidades. Nem mesmo os imóveis utilizados por algumas secretarias respeitam os padrões mínimos de segurança, higiene e acessibilidade impostos pelo próprio Estado, atrapalhando a regular prestação dos serviços forenses e trazendo substanciais dificuldades à comunidade local. Infelizmente esta é uma realidade ainda presente, mas não a única a trazer prejuízos à brevidade processual.

A tecnologia trouxe inegáveis avanços ao Poder Judiciário, principalmente com a melhoria da comunicação entre as partes, sendo atualmente um fator alvo de grande investimento na busca pela razoável duração do processo. Todavia, a

tecnologia infelizmente não trabalha sozinha, ou seja, não basta comprar computadores modernos e criar procedimentos inteiramente eletrônicos e rápidos, se os servidores não os utilizam de maneira eficiente.

A alteração da própria estrutura do Judiciário é medida que se impõe, principalmente a fim de garantir condições mínimas de trabalho para todos os órgãos espalhados no País e de permitir os avanços tecnológicos. Todavia, a informatização do processo e do procedimento, apesar de indubitavelmente necessários, sozinhos pouco poderão trazer de eficiência para o Judiciário.

2.5.3 Problemáticas de ordem capacitatória

Por problemas de ordem capacitatória, deve-se entender como sendo os fatores relacionados com a qualificação de todos os profissionais que atuam na atividade jurídica, não apenas magistrados e serventuários, mas também advogados e defensores, por exemplo. Após um índice de reprovação de quase 90% (noventa por cento) dos inscritos no IX Exame da Ordem Unificado, o presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Marcus Vinicius Furtado, e o ministro da Educação, Aloizio Mercadante, anunciaram publicamente “o fim da concessão indiscriminada de autorizações para o funcionamento de cursos de Direito e o congelamento de 25 mil vagas até que seja definido o novo marco regulatório do ensino jurídico no País” (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2013, s.p).

Ainda que se possa levantar questionamentos sobre o método adotado pela OAB para aprovar os candidatos, não há como se negar que a qualidade dos todos os cursos de Direito espalhados pelo País não está nos padrões exigidos pelo MEC, situação esta que indubitavelmente se reflete na atividade jurídica como um todo. Além disso, acrescente-se a este panorama a insuficiência de cursos de capacitação e reciclagem aos magistrados e auxiliares da justiça, principalmente em um momento de substancial investimento em aparatos tecnológicos e de modificação da legislação processual. Além da desburocratização das normas, do melhoramento das condições de trabalho, da contratação de novos agentes públicos, o que mais está faltando para se dar ao processo uma duração razoável? Eficiência é sem dúvidas a palavra que aqui se busca.

ARRUDA (2006, p.123) complementa dizendo que:

A correta incorporação do valor eficiência na administração da justiça significa tomar algum parâmetro qualitativo na gestão deste sistema, otimizando o gasto dos finitos recursos estatais, e sobretudo minimizando os custos a serem suportados pelo usuário/cidadão. Tomando-se a eficiência como objetivo a ser perseguido, está-se, indiretamente, também a dar cumprimento ao imperativo de universalização de acesso, exigível pela boa exegese do direito à tutela judicial, previsto nos ordenamentos brasileiro e português. É que, neste caso, haverá necessariamente uma ampliação do acesso através da redução do custo financeiro e do período de tempo necessário à decisão da causa.

Ante a imprecisão do que seria uma decisão justa e juridicamente apropriada, ARRUDA (2006, p. 123-128) defende que o tempo deve ser adotado como critério de análise da eficiência do sistema judicial, mas sem que este princípio se sobreponha aos demais. Esclarece o Autor que tanto a decisão injusta proferida de maneira célere quanto uma decisão justa dispendiosa demonstram a ineficiência do Poder Judiciário.

2.6 Dos efeitos da não duração razoável do processo

Conforme explanado anteriormente, o desrespeito à duração razoável do processo, infelizmente, é prática corriqueira do Poder Judiciário nacional. Apesar de a titularidade do direito fundamental à brevidade processual ser limitada às partes envolvidas na relação processual, as consequências oriundas da violação desse preceito atingem à sociedade como um todo. Diante disso, haja vista as consequências trazidas por essa situação serem de ampla repercussão, pode-se classificá-las de acordo com seu âmbito de atuação.

2.6.1 Dos efeitos não processuais

Em face da vedação à autocomposição, o Estado tem o dever de garantir a todos, como forma de manter a titularidade ao *jus puniendi*, o direito fundamental do acesso à justiça, o qual inclusive encontra-se expressamente positivado no art.5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, prevendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. É consequência lógica, portanto, do próprio direito de ação a supressão de todas e quaisquer barreiras que impeçam o exercício do direito subjetivo à prestação da tutela jurisdicional.

Esclareça-se, ainda, que o mencionado preceito não se restringe ao benefício atribuído aos hipossuficientes de requererem a prestação da tutela estatal de forma gratuita, abrangendo também o tempo de tramitação dos processos judiciais. A lógica de mercado é bastante simples e perfeitamente aplicável ao caso, pois, conforme dispõe ARRUDA (2006, p.71), um serviço prestado de forma eficiente tem o condão de atrair consumidores, sendo a oposição igualmente verdadeira, ou seja, um serviço ofertado de forma inadequada afasta os usuários, além de ser mais dispendioso.

Além de afastar os cidadãos, que por vezes preferem suportar a violação de seus direitos em vez de requerer a tutela jurisdicional estatal, as consequências trazidas pela morosidade do judiciário afetam diretamente o próprio mercado de crédito do País. Conforme afirma FACHADA, FIGUEIREDO FILHO e LUNDBERG (2003, p.14), em nota técnica expedida pelo Banco Central:

A morosidade judicial, ao dificultar o recebimento de valores contratados, retrai a atividade de crédito e provoca o aumento dos custos dos financiamentos por meio de dois canais. Primeiro, a insegurança jurídica aumenta as despesas administrativas das instituições financeiras, inflando em especial as áreas de avaliação de risco de crédito e jurídica. Segundo, reduz a certeza de pagamento mesmo numa situação de contratação de garantias, pressionando o prêmio de risco embutido no spread.

Ao calcular a taxa de juros, é comum que uma instituição financeira leve em consideração não apenas o índice de inadimplência, mas também o tempo médio de restituição do dinheiro. O CNJ (2015, p. 43) afirma que os processos em fase de execução possuíam taxa de congestionamento no ano de 2014 de 86%, ou seja, no referido período de 100 processos novos e antigos, apenas 14 foram baixados, demonstrando a dificuldade enfrentada pelo Judiciário para fazer valer as suas decisões. De que adianta uma sentença condenando a parte adversa, se a parte vencedora não consegue ver a “cor do dinheiro”? É o verdadeiro, ganha, mas não leva!

Outro ponto fundamental utilizado pelo mercado de crédito para o cálculo dos juros é o próprio custo do processo judicial. Afirma FACHADA, FIGUEIREDO FILHO e LUNDBERG (2003, p. 15) que:

o custo de recuperação para empréstimos até R\$1.000, se atravessadas todas as fases processuais, supera ou iguala aproximadamente o montante do principal. No caso de um crédito de R\$50 mil, a expectativa de recuperação é de 24,1% do principal se exigidas todas as fases de execução.

O mencionado estudo traz um dado alarmante quanto aos créditos de valor menos elevado, os quais são mais comuns entre a população de baixa renda. Como é por todos sabido, a ineficiência é um dos principais fatores de aumento dos custos, razão pela qual a morosidade do Judiciário o torna mais dispendioso. Diante disso, é de se observar que o mercado creditício não possui qualquer garantia de lucro quanto aos empréstimos de valor reduzido, tão importantes para a comunidade de baixa renda, já que, caso o devedor se torne inadimplente, o custo de recuperação do numerário pode superar o montante principal.

2.6.2 Dos efeitos processuais

Os efeitos processuais do descumprimento do princípio da duração razoável do processo são ainda mais preocupantes quanto aos envolvidos na relação processual. Consoante defende TUCCI (1997, p. 149), para os magistrados, “a consequência primordial da lentidão do processo produz notório descrédito e desgaste ao Poder Judiciário, cuja imagem, a cada momento, fica mais desprestigiada”. Além disso, quanto maior a ineficiência, maior também a taxa de congestionamento, produzindo um acúmulo de processos nas prateleiras das secretarias esperando o momento para serem resolvidos, bem como a redução significativa da qualidade do serviço prestado.

Por sua vez, quanto às partes, os efeitos podem ser ainda mais danosos. Conforme explanado no tópico anterior, a ineficiência gera o consequente aumento do custo do processo. Diante disso, denuncia TUCCI (1997, p.150) que a demora na prestação da tutela jurisdicional, beneficia, quase sempre, a parte que não tem razão, já que os processos longos tendem a forçar as partes menos afortunadas a aceitarem composição menos vantajosa.

As partes também ficam vulneráveis a ocorrência de danos patrimoniais ou mesmo extrapatrimoniais oriundos da própria prestação jurisdicional ineficiente, cuja reparação, quando aceita pelos tribunais nacionais, é realizada mediante processo, por vezes, igualmente moroso quando comparado aquele que lhe deu causa.

3 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS ATOS JUDICIAIS OMISSIVOS

3.1 Considerações introdutórias

A palavra responsabilidade nos remete a própria concepção de justiça social, já que para se alcançar esse se faz necessária a existência de compromisso pela exectoriedade daquele. Dentro do meio social, existe a confiança de que cada indivíduo ali inserido irá cumprir com as obrigações assumidas, bem como que irá ser punido pelos prejuízos que causar em decorrência do descumprimento da ordem imposta.

Nas sociedades primitivas, a responsabilidade possuía índole predominantemente objetiva, consubstanciada na própria ideia de vingança, sendo o direito de reação ato exclusivo da vítima ou regulamentado pelo Estado. Nesse diapasão, importante se faz ressaltar a importância do Código de Hamurabi, o qual ganhou destaque histórico, não apenas por ser a codificação mais antiga que se tem notícia ou pelas aplicações de penalidades cruéis em decorrência do sofrimento causado, mas também por ser o marco de transição entre a vingança privada e a codificada por lei. (GABURRI, 2008, p.15)

Com o aumento da intervenção do Poder Público na solução dos conflitos, a fim de evitar a desordem trazida pelas lutas privadas, influenciada pela consolidação da percepção de que a mera punição do agressor não é capaz de reparar o dano causado, a Lei das XII Tábuas, consolida uma época de valorização da composição com a imposição de sua obrigatoriedade quanto aos danos ocasionados à coisa pública, tornando-se o primeiro texto normativo consubstanciado na previsão de penas meramente pecuniárias. (CARVALHO, 2013, p.24-25).

Todavia, é na Lei Aquília, a qual é resultante de um plebiscito proposto pelo tribuno Lúcio Aquílio, durante os tempos da República Romana, que a responsabilidade civil contemporânea encontra suas raízes. Tal documento é caracterizado pela imposição da composição também entre os particulares, obrigando-os a renunciar o controvertido direito à vingança, e pela introdução da noção de culpa como pressuposto para a reparação, possuindo a responsabilidade

civil da época como requisitos de existência: a conduta culposa, o dano e o nexo de causalidade. (SANTOS, 2013, p.39/40)

Consoante se observa pelo disposto acima, os anseios sociais vigentes possuem substancial influência sobre como o instituto da responsabilidade irá ser regulamentado juridicamente, a fim de coadunar as particularidades de cada povo ao primado romano do *neminem laedere*, o qual determina a cada indivíduo um agir de forma a não lesar os direitos dos outros. No mesmo sentido, explana Stoco (Tomo I, 2013, p.157, 158):

Os princípios do *neminem laedere* (não lesar ninguém) e do *alterum non laedere* (não lesar outrem), dão exata dimensão do sentido de responsabilidade. A ninguém se permite lesar outra pessoa sem a consequência de imposição de sanção. No âmbito penal a sanção atende a um anseio da sociedade e busca resguardá-la. No âmbito civil o dever de reparar assegura que o lesado, enquanto pessoa individualizada, tenha seu patrimônio – material ou moral- reconstituído ao *statu quo ante* mediante a *restitutio in integrum*.

[...]

Do que se infere que a responsabilidade é o meio e modo de exteriorização da própria Justiça, e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar outra pessoa, ou seja, *neminem laedere*. O sistema de Direito positivo estabelecido repugna tanto a ofensa ou agressão física como moral, seja impondo sanção de natureza penal, ou de natureza civil, também sancionatória, mas de caráter pecuniário, ainda que se cuide de ofensa moral. A primeira visa à pacificação social e à defesa da sociedade; a segunda tem caráter individual ou unitário e tem por escopo a proteção da pessoa.

Quanto ao tema, acrescenta Braga Netto (2014, p.63-70) que a fundamentação da responsabilidade civil, consubstanciada no *neminem laeder* acima mencionado, não pode ser confundida com as funções deste mesmo instituto. Além das funções comumente apresentadas pela doutrina, quais sejam a reparatória/compensatória, preventiva e punitiva, ainda há que se falar na função social da responsabilidade civil com supedâneo na realização da justiça material ao se buscar construir um direito mais preocupado com os anseios sociais do que com as questões meramente formais⁷.

⁷ Braga Netto (2014, p. 69) segue afirmando que a jurisprudência tem se mostrado atenta à necessidade de realizar a justiça material mediante o instituto da responsabilidade, exemplificando tal alegação com o julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual a referida corte, analisando caso envolvendo o tratamento de saúde de uma criança recém-nascida portadora de leucemia gravíssima, condenou a União a custear o tratamento receitado, sob a alegação que “defronte de direito fundamental, cai por terra qualquer outra justificativa de natureza técnica ou burocrática”. Leia-se o inteiro teor da mencionada ementa: ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR. TRANSPLANTE DE MEDULA ÓSSEA. INDICAÇÃO MÉDICA. URGÊNCIA. RISCO DE VIDA. ESGOTAMENTO DOS MEIOS DISPONÍVEIS NO PAÍS. SOLICITAÇÃO DE AUXÍLIO FINANCEIRO. SILÊNCIO DA ADMINISTRAÇÃO. GASTOS PARTICULARES. RESSARCIMENTO DAS DESPESAS PELO ESTADO. CABIMENTO. PECULIARIDADES DO CASO.

Em decorrência da importância que as pessoas jurídicas têm alcançado nas sociedades modernas, sejam estas de direito privado ou mesmo de direito público, observa-se, na possibilidade jurídica de responsabilização além da pessoa natural, um marcante avanço social a ser constantemente aprimorado. É nesse panorama que se insere o estudo da responsabilidade civil do Estado, o qual possui peculiaridades próprias quando comparada aquela atribuída ao particular. Haja vista a amplitude do tema, o presente capítulo busca trazer um específico estudo sobre os atos judiciais omissivos.

3.2 A evolução histórica das teorias envolvendo a responsabilidade civil estatal

Conforme anteriormente mencionado, a jornada histórica da humanidade fez com que a teoria da responsabilidade civil do Estado passasse por várias etapas ao longo dos tempos, iniciando-se com a irresponsabilidade geral pautada em políticas absolutistas e teocráticas até a concepção atual de Estado Democrático de Direito com supedâneo no misto de legalidade e defesa dos direitos fundamentais, podendo-se classificar as variações ocorridas em três fases distintas.

Durante séculos, prevaleceu a teoria da irresponsabilidade estatal pautada em uma concepção político-teocrática da soberania, em que se defendia uma origem divina para o poder do monarca, o qual estaria envolto no dogma da infalibilidade, afastando qualquer argumento no sentido de responsabilizar o Poder Público por seus atos. Por ser inconcebível a afirmação de que o Estado, ali confundido com a representação de Deus na terra, poderia causar algum dano a outrem, qualquer prejuízo porventura resultante da conduta do agente público não era indenizável e muito menos cabível de punição.

ART. 45 DA LEI N.º 3.807/60; ART. 6º DA LEI N.º 6.439/77; ARTS. 58, § 2º, E 60 DO DECRETO N.º 89.312/84. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1. Pretender que o fato de não ter havido autorização do órgão público exima o Estado da responsabilidade de indenizar equivaleria a sempre permitir, diante de atitude omissiva da Administração, a escusa. 2. A regra da exigência de prévia autorização é excepcionada quando por razão de força maior. Inteligência do art. 60 do Decreto n.º 89.312/84. 3. Não se admite que Regulamentos possam sustar, por completo, todo e qualquer tipo de custeio desses tratamentos excepcionais e urgentes, porquanto implicaria simplesmente negativa do direito fundamental à saúde e à vida, consagrados na atual Constituição Federal, nos seus arts. 5º, caput, 6º, e 196, e na anterior, no art. 150, sentenciando o paciente à morte. 4. Recurso especial não conhecido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º338.373, Relator do acórdão: Ministra Laurita Vaz, Julgamento 10 set. 2002).

Nesse sentido, explana Dias (2004, p.23):

Esses foram os fundamentos da teoria da irresponsabilidade do Estado nos regimes autocráticos e absolutistas, que vigoraram na Europa a partir do século XVI, gerando as máximas de que o rei não pode fazer mal (*le roi ne peut mal faire*) ou o rei não pode errar (*the king can no wrong*), induzindo Luiz XVI, na França, a identificar-se como o próprio Estado, em sua celeberrima exclamação *L'Etat c'est moi*, hoje tida como extravagante, mas aceita com naturalidade na época em que proferida, impregnada de forte misticismo majestática do soberano, detentor do poder temporal.

Na segunda metade do século XIX, a teoria da irresponsabilidade geral do Estado ainda prevalecia no mundo ocidental. Fazendo uma síntese dos argumentos existentes na época, é possível resumi-las, conforme Cavalcanti (1957, p.147-166), nas seguintes proposições: a) quando o Estado exige a obediência de seus súditos, este não o faz para fins próprios, mas sim em busca de trazer o bem para os seus protegidos, logo não pode ser responsabilizado; b) não é justificável a ficção de que os atos dos funcionários administrativos sejam considerados como atos do próprio Estado; c) não é justificável a aplicação, por analogia, das relações jurídicas do mandado aos servidores do Estado, por analogia; d) apesar de os agentes públicos serem nomeados, não existe para o Estado o dever jurídico de escolha de funcionários capazes, pertencendo esta atribuição ao agente chefe, quem responderá em caso de culpa; e) da escolha do funcionário só pode caber culpa ao Estado quando a pessoa nomeada for sabidamente indigna ou incapaz, inexistindo caráter representativo entre o agente e o Estado, os quais devem ser considerados como pessoas distintas.

É de se observar que as argumentações a favor da irresponsabilidade estatal fundamentam-se em suma em uma imagem teocrática da soberania ou mesmo no entendimento de que o Estado é uma ficção jurídica, não possuindo, portanto, vontade e nem fins próprios, de modo que os atos realizados em seu nome sejam de responsabilidade única do agente, haja vista não autorizar a prática de atos ilícitos ou ilegais por esses. Com a separação histórica entre Igreja e Estado, e com a evolução do entendimento de que esse possui sim vontade própria inclusive diversa em alguns momentos dos súditos que rege, praticando tanto atos lícitos quanto ilícitos, inicia-se a superação da injusta teoria da irresponsabilidade estatal no sentido de que o Poder Público não pode ser inteiramente desassociado da conduta de seus agentes.

Na segunda fase da evolução histórica deste instituto, ocorreu um predomínio da teoria civilista, a qual se divide em duas etapas. Em um primeiro momento, após a Revolução Francesa, ocorreu a prevalência de uma irresponsabilidade atenuada, na qual o Estado era considerado, ao mesmo tempo, pessoa civil (atos de gestão) e pessoa política (atos de impérios), havendo responsabilização apenas no primeiro caso com a comprovação da culpa do funcionário administrativo. Apesar de essa teoria ter sido um importante marco da superação da irresponsabilidade estatal absoluta, Dias (2004, p.26) defende ser tal entendimento incipiente, por ser um

verdadeiro artifício jurídico engendrado para livrar o Estado do pagamento de indenizações, fundada em noções confusas, gerando sérias dificuldades aplicá-las em situações concretas, diante da complexidade encontrada na delimitação precisa do campo da prática dos atos de império e dos atos de gestão.

Em decorrência da fragilidade existente entre as distinções de conceitos de ato de império e de gestão, dificultando a perfeita aplicação no caso concreto, a questão da responsabilidade civil estatal, em vez de pautar-se na referida dicotomia, passou a fazer uso do elemento subjetivo culpa. Dispondo sobre o tema, assim explana Meirelles (2014, p.739):

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração. É o estabelecimento do binômio falta do serviço/culpa da Administração. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como gato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de culpa administrativa.

Pautada na responsabilidade estatal pela nomeação dos agentes públicos, bem como no dever de vigilância das atividades por esses exercida, a teoria da culpa administrativa possui como supedâneo a falta do serviço de modo que o Estado seja responsabilizado pelos danos decorrentes da não prestação, da má prestação e da prestação atrasada do serviço público, ou seja, “a ausência do serviço devido ao defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados”. (MELLO, 2014, p.1021).

Com base nessa teoria, o ofendido, além de demonstrar a ocorrência e a extensão do dano sofrido, tem igualmente o ônus processual de demonstrar que o serviço se operou abaixo dos padrões devidos, ou seja, fora da diligência média, barreira essa por vezes intransponível pela parte fragilizada (prova diabólica). Diante disso, a melhor doutrina acabou entendendo por injustificável o conceito de culpa civilista, haja vista o desequilíbrio existente entre Poder Público e o particular, fortalecendo as concepções pautadas na chamada culpa publicista. (CAHALI, 2014, p.22).

Na terceira fase, a qual veio proclamar a responsabilidade objetiva estatal, a pessoa jurídica de direito público interno obedece a requisitos diversos dos atribuídos aos particulares de modo a afastar a exigência do elemento subjetivo culpa, ampliando a proteção do administrado. Dentro deste contexto, a teoria do risco administrativo destaca-se por imputar ao Poder Público a responsabilidade pelos possíveis danos oriundos dos atos realizados por seus agentes.

Ressalte-se que não são apenas as atividades públicas consideradas perigosas que são albergadas por tal teoria, esta igualmente abarca as atividades lícitas desempenhadas sem qualquer anormalidade, ou seja, ainda que determinado serviço público tenha sido prestado dentro dos padrões normais de diligência, os possíveis danos dele oriundos são de responsabilidade do Poder Público, que responderá objetivamente pelos prejuízos causados a outrem. Em sua defesa, dispõe Meirelles (2014, p.739) que “o risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade, e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva”.

Apesar de a teoria do risco administrativo ser mais desfavorável ao Estado quando comparada as teorias subjetivas anteriormente mencionadas, essa ainda permite que Poder Público se exima de forma parcial ou mesmo integral da responsabilidade que lhe fora atribuída, caso comprove a ocorrência das conhecidas excludentes ou causas liberatórias, podendo ser classificada, portanto como uma teoria objetiva mitigada. Assim, conforme a concorrência do particular ofendido para a causação do dano sofrido, a responsabilidade objetiva do Estado pode ser diminuída ou mesmo excluída, o mesmo acontecendo nas hipóteses de caso fortuito de força maior. (STOCO, Tomo I, 2013, p.80).

A teoria do risco integral é apresentada dentro da concepção de responsabilidade objetiva como uma versão extremada da doutrina do risco

administrativo, ao determinar que a Administração é obrigada a reparar todo e qualquer dano decorrente a atividade pública, ainda que vítima tenha concorrido culposa ou dolosamente, bem como nos casos em que o nexos causal é quebrado por fatos alheios. Em decorrência da concepção de que ninguém pode aproveitar-se de sua própria torpeza, a referida teoria acaba distanciando-se do entendimento comum de justiça.

Por fim, Braga Neto (2014, p.79-82) defende a existência de uma quarta e nova fase pautada em um Estado garantidor, de forma que a não efetivação dos direitos fundamentais no caso concreto, ainda que por omissão, dá ensejo a responsabilidade do Poder Público. Assim, a teoria dos direitos fundamentais, a força normativa atribuída aos princípios, a funcionalização social dos conceitos, a priorização das questões existenciais em detrimento das patrimoniais e a repulsa ao abuso de direito passam a ser considerados elementos poderosos na construção de uma teoria da responsabilidade civil do Estado do século XXI.

3.3 A responsabilidade civil do estado no ordenamento jurídico brasileiro

Na Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824, apesar de restar expresso no art.99 que a pessoa do Imperador é inviolável e sagrada, não estando sujeita a qualquer responsabilidade, o art. 179, inciso XXIX, do mesmo diploma, estabelecia que “os Empregados Públicos são strictamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsáveis aos seus subalternos”.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891, por sua vez, sem fazer qualquer menção sobre uma possível irresponsabilidade do presidente, manteve a responsabilização pessoal dos agentes, dispondo o art.82 que “os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”, haja vista estes serem obrigados a assumir o compromisso de desempenhar seus deveres legais de forma correta no ato da posse.

É de se observar que, nos referidos diplomas constitucionais, prevalecia uma aparente concepção da irresponsabilidade estatal com supedâneo na figura divina do soberano ou mesmo no entendimento de que os atos nocivos dos agentes são de sua inteira responsabilidade, haja vista o Estado não autorizar a prática de atos ilícitos por esses.

Diante disso, defende Dias (2004, p.41) que, nesse período, o ordenamento jurídico brasileiro vivenciou a teoria da irresponsabilidade estatal ao responsabilizar apenas os funcionários públicos pelos danos que causarem a terceiros, mediante culpa, no exercício da atividade administrativa. Por outro lado, afirma Mello (2014, p.1046) que os referidos dispositivos “jamais foram considerados como excludentes da responsabilidade do Estado e consagradores apenas da responsabilidade pessoal do agente. Pelo contrário: entendia-se haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes”.

Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934, restou expressamente previsto no art.171 que “os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”, texto este que fora repetido na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937, mais precisamente em seu art.157.

Todavia, é com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946, a qual marca o período de redemocratização do País, que a teoria da responsabilidade civil do estado passa por profunda modificação no cenário nacional ao adotar a moderna teoria publicista fundada no risco administrativo, prevendo em seu art.194 que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”, cabendo-lhes a “ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”. A adoção da responsabilidade objetiva do Estado e subjetiva para os agentes públicos permaneceu disposta no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e na Emenda Constitucional n.º01 de 1969.

Por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determinou o poder constituinte originário, no §6º do art.37, que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros,

assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Quanto ao referido dispositivo, assim dispõe Gomes (2013, p.908):

A norma do parágrafo sob comentário consagra um direito autoaplicável de conteúdo abstencionista/negativo (o direito de não ser lesado em seus demais direitos e garantias); e, de conteúdo prestacional/positivo (o direito de ser plenamente recomposto, em sendo lesado em seus direitos e garantias). Os direitos e garantias (ou direitos, liberdades e garantias) dos particulares (lato sensu, pessoas naturais e jurídicas) são, pois, os bens juridicamente protegidos pela norma em causa.

Ademais, além de ser uma norma autoaplicável garantidora de direito fundamental, este dispositivo constitucional se encontra pautado na teoria do risco administrativo de forma a prever a responsabilidade estatal quanto aos atos administrativos exercidos por seus agentes públicos, independentemente da ilicitude da conduta. Conforme entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, o mencionado dispositivo não adotou a teoria do risco integral, podendo o Poder Público se eximir de reparar o dano sofrido, caso demonstre a ocorrência de fato imprevisível ou de culpa corrente da vítima.⁸

Acrescente-se ainda que o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Lei n.º3.071 de 1º de janeiro de 1916 estava vigente durante os primeiros anos da Constituição Federal de 1988, estabelecendo aquele diploma, em seu art.15, que “as pessoas jurídicas de direito publico são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”. Explanando sobre o tema, assim afirma Meirelles (2014, p.741):

⁸ Nesse sentido, leia-se a ementa a seguir colacionada datada do ano de 1992: “CONSTITUCIONAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. C.f., 1967, art. 107c.f./88, art. 37, par-6.. I. A responsabilidade civil do estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: A) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa e irrelevante, pois o que interessa, e isto: Sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, e devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. II. Ação de indenização movida por particular contra o município, em virtude dos prejuízos decorrentes da construção de viaduto. Procedência da ação. III. R.e. Conhecido e provido”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal.; Recurso Extraordinário n.º 113587; SP; Segunda Turma; Rel. Min. Carlos Velloso; Julg. 18/02/1992; DJU 03/04/1992; p. 04292). Ressalte-se que a referida Corte Suprema tem seguido o mesmo entendimento até os dias atuais, conforme se observa pelos julgados a seguir: RE178.806/RJ (1995); RE109.615/RJ (1996); RE179.147/SP (1998); RE 206.711/RJ (1999); RE 217.389/SP (2002); AI-AgR 636.814-3 (2007); RE-AgR 495.740-0/DF (2008); ARE-ED 655.277/MG (2012); RE-AgR 631.214/RJ (2013) e ARE-AgR 843.559/RJ (2014).

Neste dispositivo ficou consagrada, embora de maneira equívoca, a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil do Estado. A imprecisão do legislador, todavia, propiciou larga divergência na interpretação e aplicação do citado artigo, variando a opinião dos juristas e o entender da jurisprudência entre os que viam, nele, a exigência da demonstração da culpa civil da Administração e os que já vislumbravam admitida a moderna teoria do risco, possibilitando a responsabilidade civil sem culpa em determinados casos de atuação lesiva do Estado. Temos para nós que o questionado art.15 nunca admitiu a responsabilidade sem culpa, exigindo sempre e em todos os casos a demonstração desse elemento subjetivo para a responsabilização do Estado.

A teoria subjetiva adotada pelo legislador civil da época permaneceu vigente até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1946, a qual acolheu, conforme acima anteriormente mencionado, a teoria objetiva do risco administrativo, permanecendo no nosso ordenamento jurídico até os dias atuais. Assim, somente com o Novo Código Civil, Lei n.º10.406 de 10 de janeiro de 2002, é que a legislação civil passou a coadunar com o texto constitucional vigente, ao estabelecer em seu art. 43 que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Por fim, cumpre ainda registrar que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei n.º718 de 2011, o qual regulamenta a responsabilidade estatal “nos casos de danos a terceiros, oriundos de ações ou omissões, de falta do serviço ou de fatos do serviço, da obra ou da coisa, imputados às pessoas jurídicas de direito público, às de direito privado prestadoras de serviços públicos e aos respectivos agentes”. Embora ainda pendente de aprovação, o referido projeto traz importantes conceitos, os quais serão abaixo abordados.

3.4 Breves considerações sobre os pressupostos gerais da responsabilidade civil do estado e suas excludentes

Da leitura do §6º do art.37 da Constituição Federal de 1988, afere-se a existência de três pressupostos para a configuração da responsabilidade civil do Estado, quais sejam a ação administrativa, o dano e o nexo de causalidade, cabendo ao Poder Público, haja vista a adoção da teoria do risco administrativo, a comprovação da existência de causa liberatória, por força do art.333, inciso II, do CPC.

3.4.1 Da ação administrativa, do dano e do nexa causal

Por ação administrativa, deve-se aferir inicialmente a existente de um agente e de uma conduta especialmente caracterizada. Primeiramente cumpre observar que o texto constitucional acima mencionado faz uso da expressão “agente” em substituição do termo “funcionário público” utilizado em constituições anteriores, demonstrando uma ideia de maior abrangência, já que este último é utilizado para conceituar apenas aqueles que ocupam cargo público, os quais foram submetidos a um certame, possuindo vínculo estatutário permanente com a Administração. Destarte, assim defende Meirelles (2014, p.743-744):

A Constituição atual usou o vocábulo agente, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público. Não se exige, pois, que tenha agido no exercício de suas funções, mas simplesmente na qualidade de agente público, e não como pessoa comum. Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador diretor do dano esteja vinculado à Administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa.

Ressalte-se que o referido entendimento coincide com o previsto no art.3º do texto inicial do Projeto de Lei do Senado n.º718 de 2011, o qual conceitua agente como “quem atua para as pessoas jurídicas públicas e para as pessoas privadas prestadoras de serviço público, a qualquer título, mesmo sem vínculo funcional ou de modo temporário ou eventual”. Apesar de a concepção de agente ser abrangente, para a caracterização da ação administrativa, faz-se necessária a aferição da natureza jurídica da conduta a ser executada, a fim de classificá-la em atividade econômica ou serviço público.

Quando se tratar de ação exercida por agente vinculado à pessoa jurídica de direito público interno, tal atividade se submete obrigatoriamente a teoria do risco administrativo positivada no dispositivo constitucional em questão, o mesmo não ocorrendo com as pessoas jurídicas de direito privado ainda que prestadoras de serviço público. Assim assevera Cahali (2014, p.106-107) quanto ao tema:

Na realidade, quanto às autarquias, sujeitam-se as mesma, sem qualquer dúvida possível, aos parâmetros da responsabilidade objetiva na forma do preceito constitucional, o que, aliás, sempre foi reconhecido; a sua condição legal de pessoa jurídica de direito público, típica instituição da Administração indireta, tranquilamente afirmada pela doutrina, impõe o enquadramento de seus atos lesivos aos particulares no elatério do art.37, §6º, da Constituição.

Quanto à fundação pública, para aqueles que nela identificam indiscriminadamente uma pessoa jurídica de direito público, torna-se inevitável reconhecer que os danos aos particulares causados por suas atividades a sujeitam, do mesmo modo, à responsabilidade civil objetiva da regra constitucional; o que, aliás, já era afirmado pela jurisprudência anterior.

Entendida, porém, a fundação pública como dotada de personalidade jurídica de direito privado – entendimento que, agora, tende a prevalecer, inclusive na jurisprudência -, torna-se necessário, quando esta, e bem assim em relação às empresas públicas e às sociedades de economia mista (ditas, também pessoas jurídicas de direito privado), o exame da atividade que lhe foi cometida pelo Estado, como finalidade de sua instituição.

Assim, para se aferir se determinada empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação pública deve responder pelos atos lesivos praticados nos moldes estabelecidos no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, deve-se inicialmente observar se a conduta praticada pelo agente possui natureza administrativa ou se enquadra como atividade econômica, questão por vezes controvertida no caso prático⁹. Ultrapassada esta barreira, caso o objeto da conduta seja a prestação de um serviço público, apesar de a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público responder direta e objetivamente pelo dano causado, o Estado será acionado subsidiariamente, caso o ofensor se torne insolvente¹⁰.

⁹ Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: “RESPONSABILIDADE - SEARA PÚBLICA - ATO DE SERVIÇO - LEGITIMAÇÃO PASSIVA. Consoante dispõe o § 6º do artigo 37 da Carta Federal, respondem as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, descabendo concluir pela legitimação passiva concorrente do agente, inconfundível e incompatível com a previsão constitucional de ressarcimento - direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal; Recurso Extraordinário 344.133/PE. Relator Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 09/09/2008. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJE-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008).

¹⁰ Defendendo tal posicionamento Rezende (2014, p.177) dispõe o que se segue: “O exercício do serviço público, em virtude de sua natureza, é uma atividade de risco, cabendo a seu executor a responsabilidade civil direta pela reparação de danos causados a usuário ou não usuário do serviço público prestado. Contudo, a legislação não afastou completamente a responsabilidade estatal por danos decorrentes de serviços públicos, cabendo ao Estado a responsabilidade indireta, de forma subsidiária e objetiva quando a concessionária de serviços públicos não possuir capital suficiente a saldar o dano causado no exercício de suas atividades delegadas, em razão da teoria da isonomia da distribuição dos ônus e encargos. Entretanto, inexistirá responsabilidade quando ocorrer a reversão patrimonial dos bens essenciais a prestação de serviços constituídos pelo concessionário, mesmo quando o patrimônio deste não for suficiente para saldar suas dívidas, pois em virtude da afetação destinada aos bens essenciais ao serviço estes jamais responderia por obrigações assumidas. As concessionárias de serviços públicos responderão objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, usuários ou não do serviço objetivo da concessão, isto porque a norma Constitucional ao atribuir a responsabilidade não restringiu sua extensão, assim como também não fez as normas infraconstitucionais”. No mesmo sentido, Cavalieri Filho (2012, p.275-276) apresenta quatro razões para a adoção da responsabilidade subsidiária estatal: “Essas entidades de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos, respondem em nome próprio. Com o seu patrimônio, e não o Estado por elas e nem com elas. E assim é pelas seguintes razões: 1) o objetivo da norma constitucional, como visto, foi estender aos prestadores de serviços públicos a responsabilidade

Assim, para a configuração de uma ação administrativa, se faz necessária uma conduta voluntária de um agente vinculado diretamente ou indiretamente ao Poder Público, seja através de uma pessoa jurídica de direito público ou de uma pessoa jurídica de direito privado, com a ressalva de que a exploração direta estatal de atividade econômica, na forma prevista pelo art. 173 da Constituição Federal de 1988, dá ensejo a responsabilidade subjetiva nos moldes regulamentados pelo Código Civil. (SANTOS NETO, 2005, p.275).

Quanto ao segundo requisito, a palavra dano nos remete a própria concepção de prejuízo, “daí a noção desenvolvida de 'perdas e danos', que tanto pode ser aquilo que efetivamente se perdeu ou aquilo que se deixou de ganhar, mas que era certo que ocorresse, não fosse o fenômeno ocorrido por decorrência da ação de outrem”. (STOCO, Tomo II, 2013, p.385). É de se ressaltar que o dano causado deve caracterizar-se como indenizável, ou seja, o bem lesado deve ser juridicamente protegido, o que não pode ser confundido com a licitude ou ilicitude da conduta causadora deste. Nesse sentido, por exemplo, dispõe o art.243 da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que são expropriáveis, sem qualquer direito indenizatório, as propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo.

Apesar de o dano causado a um objeto ilícito não ser indenizável, o prejuízo causado a um objeto lícito, ainda que oriundo de uma conduta também lícita, dá ensejo ao dever de indenizar. Na doutrina da responsabilidade objetiva, não se exige, portanto, a comprovação da antijuridicidade da conduta, razão pela qual o Estado, o qual está afeto a teoria do risco administrativo quanto às condutas comissivas, tem o dever de reparar os prejuízos provenientes das ações

objetiva idêntica a do Estado, atendendo reclamo da doutrina ainda sob o regime constitucional anterior. Quem tem os bônus deve suportar os ônus; 2) as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos têm personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios. São seres distintos do Estado, sujeitos de direitos e obrigações, pelo que agem por sua conta e risco, devendo responder por suas próprias obrigações; 3) nem mesmo de responsabilidade solidária é possível falar neste caso, porque a solidariedade só pode advir da lei ou do contrato, inexistindo norma legal atribuindo solidariedade ao Estado com os prestadores de serviços públicos. Antes pelo contrário, o art.25 da Lei n.º8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabelece responsabilidade direta e pessoal da concessionária por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros; 4) no máximo, poder-se-ia falar em responsabilidade subsidiária do Estado, uma vez exauridos os recursos da entidade prestadora de serviços públicos. Se o Estado escolheu mal aquele a quem atribuiu a execução de serviços públicos, deve responder subsidiariamente caso o mesmo se torne insolvente.”

administrativa exercidas pelos seus agentes, independentemente da qualidade desta – lícita ou ilícita.

Com relação à qualidade do bem lesado, o dano pode ser classificado entre dano patrimonial e dano moral. O primeiro deste, também chamado de dano material atinge, em regra, os bens integrantes ao patrimônio da vítima ou mesmo interesses patrimoniais, ressaltando Cavalieri Filho (2012, p.78) que os danos causados a bens personalíssimos, neste incluso a honra, a imagem e o bom nome, podem refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas, como, por exemplo, no caso de um médico difamado que perde sua clientela, podendo-se chamar tais prejuízo de dano patrimonial indireto.

O dano material pode ainda ser dividido em dano emergente, o qual importa em efetiva diminuição patrimonial do lesado, e em lucros cessantes, em que há a perda de um ganho futuro e certo. Há quem defenda também que a chance de se conseguir algo, apesar de caracterizar-se como um evento futuro e incerto, possui valor indenizável, haja vista estar pautado em uma considerável probabilidade de acontecimento. (NETO, 2009, p.352) Por sua vez, o dano moral é compreendido como aquele que atinge valores eminentemente espirituais, classificando-o Rizzardo (2005, p.250,251) em quatro espécies: a) o dano que representa a violação de um valor precípuo da vida, como a ofensa a paz e a tranquilidade de espírito; b) o dano que alcança a parte social do patrimônio moral, como a honra; c) o dano que atinge o lado afetivo, como a dor, a tristeza e a saudade; e d) o dano que atinge a postura física externa, como os prejuízos causados a beleza e a aparência¹¹.

Acrescenta Stoco (Tomo II, p.395) a existência do dano infecto, o qual dispõe sobre “o prejuízo eventual, possível, ou iminente, podendo-se apontar, como exemplo típico, o risco que corre um prédio, pela contiguidade com outro ameaçado de ruína.”, previsto no ordenamento jurídico brasileiro no art.1280 do Código Civil de 2002 ao estabelecer que “o proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameace ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente”. Ademais, haja vista o dano sofrido pela vítima poder repercutir na esfera patrimonial ou extrapatrimonial de terceiros,

¹¹ Apesar de possui reflexo tanto no âmbito psicológico (sofrimento decorrente da deformidade) quanto no âmbito patrimonial (deformidade capaz de impedir o labor), o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o dano moral e o dano estético não se confundem, razão pela qual são inclusive cumuláveis, conforme disposto na Súmula n.º387, publicada em 01 de setembro de 2009.

dispõe o referido doutrinador (STOCO, Tomo II, p.403) sobre o dano por ricochete, o qual amplia o rol de legitimados com direitos indenizatórios.

Quanto ao terceiro pressuposto da responsabilidade civil, o nexo de causalidade pode ser compreendido como o liame existente entre a ação administrativa e o dano causado, assim dispendo Cahali (2014, p.72-73) sobre as teorias que envolvem o tema:

Assim: 1) a teoria da equivalência das condições: esta doutrina sustenta que todas as condições que conduzem a um resultado são a causa desse resultado, sejam mediatas ou imediatas; portanto basta que o sujeito tenha realizado uma condição desse resultado para que exista relação causal; um fenômeno é condição do outro quando, suprimindo-o mentalmente, faz-se impossível admitir que o fato conseqüente se teoria produzido tal como ocorreu (condição *sine qua non*); 2) teoria da causa próxima e da causa direta: esta doutrina (tal como a da causa eficiente) procura selecionar, entre todas as condições de um resultado, uma peculiar relevância, a que considera causa; a teoria da causa próxima, pelo menos em sua formulação inicial, escolhe como causa a condição cronologicamente mais próxima do evento que se quer imputar; 3) teoria da causalidade eficiente: de acordo com esta doutrina, as condições que conduzem a um resultado não são equivalentes, e existe sempre um antecedente que, em virtude de um intrínseco poder qualitativa ou quantitativamente apreciado, é a verdadeira causa do evento; causa seria, pois, para esta teoria, a que tem um intrínseco poder de produção do fenômeno; 4) teoria negativa de Mayer: M. E. Mayer aceita os postulados da teoria da equivalência das condições para chegar a uma posição negativa do problema da causalidade porque entende que, sendo toda condição *sine qua non* relevante, carece de importância na prática provar a existência de uma relação de causalidade para o efeito de imputação das conseqüências; o que resultaria decisivo sob tal aspecto seria a indagação da culpabilidade; 5) teoria da causalidade típica: Beling enuncia uma doutrina que certa forma conduz também à negação do problema da causalidade, pelo menos dentro do âmbito do direito penal, substituindo-a pela subordinação da ação a um tipo; 6) teoria da causalidade adequada: esta doutrina sustenta, assentando, assim, a sua discrepância fundamental com a doutrina da equivalência, que não basta que um fato seja condição de um resultado para que o agente se possa considerar autor desse evento, toda vez que as condições não sejam equivalentes.

Contudo, é na teoria do dano direto e imediato, também chamada de teoria da interrupção do nexo causal, que a responsabilidade civil estatal regulamenta pelo ordenamento jurídico brasileiro encontra sua fundamentação, estando expressamente positivada no art. 403 do Código Civil de 2002 ao estabelecer que “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Para Cruz (2005, p.96-111), é a subteoria da necessariedade, criada por Dumoulin e Pothier, que melhor explana a doutrina do dano direto e imediato adotada pelo código civilista vigente, por estar mais apta a enfrentar o problema da

causalidade múltipla, dispondo que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, este só responde pelos danos que são consequência necessária do inadimplemento, mas não pelos originados de outras consequências não necessárias, de mera ocasião”, a qual se aplica tanto nos casos de responsabilidade contratual quanto nos casos de responsabilidade extracontratual.

3.4.2 Do caso fortuito, da força maior, do fato de terceiro e da culpa exclusiva e concorrente da vítima

Conforme dispõe o art. 393 do Código Civil de 2002, “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. Adotando a subteoria da necessidade acima mencionada, a legislação civilista previamente estabeleceu que a inevitabilidade do fato, seja este oriundo de uma conduta humana ou de uma ação da natureza, dá ensejo a impossibilidade da obrigação, por causa da quebra do nexos causal.

Defendendo a necessidade de análise no caso concreto quanto à real condição de inevitabilidade do fato, assim explana Rizzardo (2005, p.93):

A inevitabilidade do fato constitui um elemento imprescindível, mas de relativa concepção. Não há fatos que possam, a priori, ser sempre considerados casos fortuitos. É que a inevitabilidade existe hoje e amanhã já poderá desaparecer. Para determinado cidadão, ela se apresenta, e diante de outra pessoa, numa posição diferente, não raro acontece o contrário. A fim de que ela seja completa e plenamente comprovada, a obrigação há de ser impossível. Só então acontece a culpa e o fato é necessário.

Quanto à impossibilidade, de certa maneira está ligada à pessoa, como na condição congênita ou falta de condições da pessoa, mas configura-se mais se verificada em relação ao fato. De qualquer sorte, deve ser absoluta, não bastando a mera dificuldade. E revela-se absoluta quando o obrigado não conclui um trabalho contratado porque sobrevém uma doença, que o incapacita para o trabalho. Não é a dificuldade que o desonera das peras e danos, nem um problema posterior e inesperado, como falta de dinheiro para adquirir a matéria-prima necessária à fabricação. Competia ao agente prever o custo e as exigências do compromisso aceito com a devida antecedência.

Braga Netto (2014, p.131) chega a afirmar que é irrelevante a distinção entre caso fortuito e força maior¹², haja vista a ocorrência de um fato

¹² Nesse sentido, dispõe Cavalieri (2012, p.71): “Muito já se discutiu sobre a diferença entre o caso fortuito e a força maior, mas até hoje não se chegou a um entendimento uniforme. O que um autor diz que é força maior outro diz que é caso fortuito e vice-versa. Outros chegam a concluir que não há

imprevisível decorrente da natureza ou da conduta humana dar ensejo ao mesmo efeito prático, qual seja exclusão do dever indenizar, estando a doutrina contemporânea voltada na diferenciação entre os conceitos de fortuito interno e externo. Quanto ao tema, assim dispõe Cavalieri Filho (2012, p.198-199):

Entende-se por fortuito interno o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto. Não exclui a responsabilidade do fornecedor, porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo não importa saber o motivo que determinou o defeito; o fornecedor é sempre responsável pelas suas conseqüências, ainda que decorrente de fato imprevisível e inevitável.

O mesmo já não ocorre com o fortuito externo, assim entendido aquele fato que não guarda relação de causalidade com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço, via de regra ocorrido em momento posterior a fabricação ou formulação. Em caso tal nem se pode falar em defeito do produto, o que, a rigor, já estaria abrangido pela primeira excludente examinada – inexistência de defeito.

Assim, para se fazer uso desta excludente de responsabilidade, o Ente Público deve comprovar que o fato ocorrido, além de imprevisível era irresistível, não se relacionando com os riscos da atividade desenvolvida, de modo a excluir o nexo de causalidade existente entre a ação administrativa desenvolvida pelo seu agente e o dano suportado pela vítima. A alta taxa de congestionamento quando decorrente do mau aparelhamento da máquina estatal (baixo número de magistrados e servidores, por exemplo) não o isenta de se responsabilizar pelo dano causado por ser uma problemática relacionada ao fortuito interno. Agora se a causa da intempestividade processual está relacionada a uma situação extraordinária (emergência/ calamidade pública), o dever de indenizar é afastado pela ocorrência de fortuito externo.

Além disso, estabelece o art.945 do Código Civil de 2002 que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. Observa-se, portanto, que a contribuição da vítima para ocorrência dano deve ser

diferença substancial entre ambos. O que é indiscutível PE que tanto um como outro estarão fora dos limites da culpa. Fala-se em caso fortuito ou força maior quando se trata de acontecimentos que espaça a todo diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação. É circunstância irresistível, externa, que impede o agente de ter a conduta devida para cumprir a obrigação a que estava obrigado. Ocorrendo o fortuito ou a força maior a conduta devida fica impedida em razão de um fato não controlável pelo agente”.

levada em consideração para a aferição do valor indenizatório, reduzindo o *quantum* devido de forma proporcional a participação deste.

Diferente do que ocorre com a culpa concorrente, a qual não exclui o dever de indenizar, já que dá ensejo apenas à redução do valor devido, a culpa exclusiva da vítima rompe com o liame subjetivo porventura existente entre o prejuízo causado e a ação administrativa exercida. Da mesma forma, o fato de terceiro, em regra, isenta o Poder Público de responsabilidade, pelas mesmas razões anteriormente expostas, tendo a jurisprudência, todavia, mitigado tal excludente em determinados casos. Comentando tais exceções, Meireles (2014, p.745- 746) assim dispõe:

O que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiros ou por fenômenos de natureza. Observe-se que o art.37, §6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. Para a indenização destes atos e fatos estranhos e não relacionados com a atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano – culpa, essa, que pode ser genérica. Daí por que a jurisprudência, mui acertadamente, tem exigido a prova da culpa da Administração nos casos de depredação por multidões e de enchentes e vendavais que, superando os serviços públicos existentes, causam danos aos particulares. Nestas hipóteses, a indenização pela Fazenda Pública só é devida se se comprovar a culpa da Administração. E na exigência do elemento subjetivo culpa não há qualquer afronta ao princípio objetivo da responsabilidade sem culpa, estabelecido no art.37, §6º, da CF, porque o dispositivo constitucional só abrange a atuação funcional dos servidores públicos, e não os atos de terceiros e os fatos da Natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos.

Impende nota que nesses casos a falta do nexo de causalidade também acaba por excluir a responsabilidade. A *faute du service* não dispensa a prova desse requisito, e na sua aferição a teoria adotada pela ordem jurídica é o dano direto e imediato, ou teoria da interrupção do nexo causal, que só o admite quando o dano é efeito necessário da causa (ação ou omissão).

Diante disso, conforme será mais bem explanada no capítulo posterior, a conduta da própria parte deve ser levada em consideração para a aferição da irrazoabilidade do processo, haja vista o texto constitucional ter adotado a teoria do risco mitigado, impedindo que o jurisdicionado causador da morosidade seja indenizados pelos danos porventura suportados.

3.4.3 Das excludentes de ilicitude e das excludentes de responsabilidade

Cumpra ainda ressaltar que as excludentes de ilicitude não devem ser confundidas com as excludentes de responsabilidade, haja vista, conforme anteriormente mencionado, o dever de indenizar subsistir independentemente da licitude ou ilicitude da conduta praticada pelo agente. Nesse diapasão, apesar de o art.65 do Código de Processo Penal, de 3 de outubro de 1941, estabelecer que “faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”, o art.935 do Código Civil de 2002 deixa positivado que a responsabilidade civil difere-se da penal.

Por força do art.188, inciso II, do Código Civil de 2002, o estado de necessidade, compreendido como o dano causado à coisa alheia ou à pessoa, a fim de remover perigo iminente que não deu causa, é considerado uma conduta lícita dentro do ordenamento jurídico brasileiro, todavia capaz dar ensejo ao dever de indenizar. Dispõem os art. 929 e 930 do mesmo diploma que o causador do dano, ainda que acobertado pela referida excludente de ilicitude, tem o dever de reparar o dano causado, possuindo direito de regresso em face daquele que deu causa ao perigo.

Ademais, a legítima defesa, compreendida como a repulsa de uma injusta, atual e iminente agressão mediante o uso moderado dos meios necessários, e o exercício regular de direito, entendido como as condutas praticadas pelo cidadão comum que estão albergadas pelo ordenamento, são também excludentes de ilicitude previstas no art.188, inciso I, do mesmo diploma civilista.

Com relação à primeira excludente, defende Braga Netto (2014, p.146) que “quem age em legítima defesa só está isento da obrigação de reparar os danos com relação ao agressor”, subsistindo assim o dever de indenizar os danos porventura causados a terceiros, apesar de neste caso ser possível a ação de regresso contra o causador a agressão injusta, e os danos causados mediante uso de defesa desproporcional. Já com relação à segunda excludente, afirma Stoco (2013, Tomo I, p.259) que o exercício de um direito pelo indivíduo deve ocorrer dentro do âmbito razoabilidade, pois o excesso causa um mal desnecessário e injusto equiparável ao comportamento ilícito, dando igualmente ensejo ao dever de indenizar.

Quanto ao estrito cumprimento do dever legal, compreendido como a conduta exercida necessariamente por um agente público em sentido amplo dentro do autorizado pela norma, é de se ressaltar que a licitude da conduta faz com que o Estado perca o direito de regresso contra o responsável pelo dano, em decorrência da inexistência de dolo ou culpa, ainda que permaneça para o Ente Público o dever de indenizar, conforme previsto no §6º, do art.36, da Constituição Federal de 1988.

Em crítica à forma como se tem utilizado esta última excludente, assim afirma Braga Netto (2014, p.149):

O estrito cumprimento do dever legal é uma excludente de ilicitude, digamos, pouco simpática. É que ela é invocada, muitas vezes, para encobrir (claros) abusos, seja das forças armadas durante o período de exceção, seja de policiais ou militares. Tortura-se, mata-se, agride-se, e depois se invoca o estrito cumprimento do dever legal. Obviamente, a excludente não se presta para encobrir esses detestáveis ilícitos.

Assim, por mais que a prestação de um serviço público possa ser compreendida como o resultado de uma conduta legalmente amparada, o Estado, em decorrência da adoção da teoria do risco, é responsabilizado pelos danos que vier a causar, estando compreendidos nessa concepção os decorrentes da própria morosidade Judiciária, independentemente da licitude do ato em si.

3.5 A responsabilidade civil do estado por omissão na prestação do serviço público

Não apenas a conduta comissiva do agente público é capaz de causar danos a terceiros, apresentando a doutrina entendimentos divergentes com relação a qual teoria da responsabilidade civil deve-se aplicar nos casos de inércia do Poder Público. Quanto ao tema, assim fundamenta Mello (2014, p. 1031) sobre a aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil subjetiva nos casos dos prejuízos provocados pela omissão estatal:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. 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 ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade

estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Destarte, a mera comprovação da existência de um liame subjetivo entre uma conduta omissiva do agente público e um dano sofrido não é suficiente para a caracterização da responsabilidade estatal, devendo a vítima ainda demonstrar que o serviço não ocorreu dentro dos padrões normais de eficiência, já que toda omissão é decorrente de um ato ilícito¹³. A problemática da adoção desta teoria é a colocação do jurisdicionado em uma posição processual de desvantagem, pois este passa a ter o ônus de conhecer de forma aprofundada toda a tecnicidade envolta na prestação de determinado serviço público, a fim de poder afirmar que este ocorrera de maneira anômala.

Atento à referida problemática, apesar de defender que o Estado responde subjetivamente nos casos de danos causados por omissão de seus agentes, o mencionado doutrinador afirma que, existindo “falta no serviço”, compreendida como o não fazer, o fazer de forma demorada e o fazer de forma incorreta, deve-se admitir a presunção de culpa do Poder Público, já que “o administrado não pode conhecer toda a intimidade do aparelho estatal, seus recursos, suas ordens internas de serviço, os meios financeiros e técnicos de que dispõe ou necessita dispor para ajustar às possibilidades econômico-administrativas do Estado”, aplicando-se, nestas situações, a inversão do ônus da prova. (MELLO, 2014, p.1033-1034).

Por sua vez, dispondo sobre o tema, Cavalieri Filho (2012, p.268) classifica a responsabilidade civil estatal por omissão em genérica, nas hipóteses em

¹³ O Supremo Tribunal Federal já proferiu julgados adotando a teoria da responsabilidade subjetiva em caso de ato omissivo de agente público. "Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. A falta do serviço – *faute du service* dos franceses – não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público e o dano causado a terceiro." (RE 369.820, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-11-2003, Segunda Turma, DJ de 27-2-2004.) No mesmo sentido: RE 602.223-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-2-2010, Segunda Turma, DJE de 12-3-2010; RE 409.203, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 7-3-2006, Segunda Turma, DJ de 20-4-2007; RE 395.942-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-12-2008, Segunda Turma, DJE de 27-2-2009.

que o Poder Público tem apenas o dever legal de agir decorrente do seu poder de polícia (ou fiscalização), e em específica, nas hipóteses em que este assume a condição de garantidor (guardião), prevalecendo, no primeiro caso, a aplicabilidade da responsabilidade subjetiva, enquanto que, neste último, adota-se a responsabilidade sem culpa. Apesar deste entendimento já constituir uma mitigação da aplicação absoluta da responsabilidade subjetiva em casos de omissão estatal por prever hipóteses de responsabilização sem comprovação de culpa, o ofendido permanece em uma situação de desvantagem perante o Poder Público, haja vista ter o ônus de apresentar a distinção entre omissão genérica e específica, nem sempre de fácil aferição no caso concreto.

Dentro da referida sistemática, Carvalho Filho (2013, p.569) chega a defender que, em decorrência das omissões genéricas, os casos de não implementação dos direitos sociais constitucionalmente positivados são regidos, na verdade, pela teoria da irresponsabilidade estatal e não pela teoria da responsabilidade subjetiva, assim fundamentando o mencionado posicionamento:

Ouvem-se, de quando em vez, algumas vozes que se levantam para sustentar a responsabilidade integral do Estado pelas omissões genéricas a ele imputadas. Tais vozes se tornam mais usuais na medida em que se revela a ineficiência do Poder Público para atender a certas demandas sociais. A solução, porém, não pode ter ranços de passionalismo, mas, ao contrário, deve ser vista na ótica eminentemente política e jurídica. Não há dúvida de que o Estado é omisso no cumprimento de vários de seus deveres genéricos: há carência dos setores da educação, saúde, segurança, habitação, emprego, meio ambiente, proteção à maternidade e à infância, previdência social, enfim em todos os direitos sociais (previstos, aliás, no art.6º da CF). Mas o entendimento dessas demandas reclama a implementação de políticas públicas para os quais o Estado nem sempre conta com recursos financeiros suficientes (ou conta, mas investe mal). Tais omissões, por genéricas que são, não rendem ensejo à responsabilidade civil do Estado, mas sim à eventual responsabilização política de seus dirigentes. É que tantas artimanhas comete o Poder Público na administração do interesse público, que a sociedade começa a indignar-se e a impacientar-se com as referidas lacuna. É compreensível, portanto, a indignação, mas o fato não conduz a que o Estado tenha indenizar toda a sociedade pelas carências a que ela se sujeita. Deve-se, pois, separar-se o sentimento emocional das soluções jurídicas: são estas que o Direito contempla.

Em posicionamento diverso, Meirelles (2014, p.744) defende a aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva estatal não apenas quanto aos atos comissivos praticados pelos agentes públicos, afirmando que a substituição da responsabilidade pessoal do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público através do texto constitucional vigente, confirma a adoção da teoria da

responsabilidade objetiva fundada no risco administrativo também em decorrência das condutas omissivas.

No mesmo sentido, assim manifesta Gomes (2013, p. 912) quando critica a utilização de elemento subjetivo para a aferição da responsabilidade estatal:

Esta posição, entretanto, não nos parece a mais adequada com um Estado constitucionalmente comprometido com uma série de tarefas sociais (ex: Arts.4º; 196; 208; 225, §1º, etc) e deveres de legislar (Arts.7º, I; 9ª, §1ª, etc), sendo ponto assente a força normativa de todas as normas constitucionais. Também não nos apresenta harmoniosa com uma Administração Pública do tipo complexa, inclusive com interação de “agentes administrativos”, uma vez que o requisito subjetivo acaba por dificultar o acesso ao direito de reparação por parte da vítima. Além disso, a utilização do verbo causarem no texto do dispositivo não autoriza inequivocamente a exclusão das condutas omissivas estatais de seu âmbito de aplicação.

Ocorre que a adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva para todas as condutas omissivas dos agentes públicos acaba por transformar o Estado em uma verdadeira “seguradora universal”, com preocupantes reflexos nos cofres públicos, principalmente quando se esta diante de um constitucionalismo garantista. Não há dúvidas de que o Estado é omissivo quanto ao cumprimento dos diversos deveres genéricos imputados a ele pelo texto constitucional, todavia a defesa da responsabilização integral deste quanto às omissões genéricas dá ensejo a um desequilíbrio orçamentário em decorrência da solidarização irrestrita dos danos em meio a privatização dos lucros.

Dispondo sobre o tema, assim defende Mendes (2000, p.1-2)

O Direito brasileiro, como é sabido por todos, aceita a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Mas será que isso quer dizer a responsabilidade do Poder Público por qualquer fato ou ato, comissivo ou omissivo no qual esteja envolvido, direta ou indiretamente? Qualquer acadêmico de Direito que tenha uma mínima noção dos requisitos para a configuração dessa responsabilidade civil sabe que não.

Porém, alguns de nossos juristas e magistrados têm-se servido de um conceito amplíssimo de responsabilidade objetiva, levando às raias do esoterismo a exegese para a definição do nexu causal. A esse respeito, alguns exemplos podem indicar a dramaticidade do problema, que não se restringe a discussões meramente acadêmicas – ao contrário, tratam do próprio núcleo do interesse público.

[...]

Alguns juízes entendem que estão a criar uma jurisprudência libertária quando condenam a União – significa dizer, a pobre sociedade brasileira – a pagar vultosas indenizações a segmentos largamente privilegiados, seja com a política de subsídios do passado, seja com a generosa hermenêutica do presente.

Por mais que se faça um pretensu juízo de equidade, constitui-se em abuso querer transformar o Poder Público em salvador de empresas com gestões comprometidas e concebidas dentro do peculiar conceito de capitalismo “à brasileira”, no qual os lucros são apropriados e os prejuízos são

socializados.

A consideração central a se fazer é, se determinados planos econômicos ou se determinadas políticas públicas afetaram toda a sociedade, por que razão pretendiam alguns privilegiados encontrar numa atuação global do Poder Público um nexo de causalidade com eventual prejuízo. Essa obscura lógica só pode encontrar respaldo numa visão distorcida de Estado, protetora de privilégios e de corporativismos.

É necessário, portanto, identificar-se no Estado Democrático de Direito a formação do interesse público calcado em interesses universalizáveis e publicamente justificáveis. As razões e os interesses forjados em um discurso e uma prática corporativa, em sentido contrário, são unilaterais, sectários, e, freqüentemente, obscurantistas.

O que tem ocorrido, lamentavelmente, é a usurpação de instrumentos normativos destinados à proteção da cidadania para proteger privilégios, e os casos aqui abordados representam apenas parcela das conspirações sectárias que se fazem hoje para cooptar o interesse público para a defesa de interesses obscuros e injustificáveis. A tarefa de todos, nesse contexto, é desenvolver uma percepção crítica, para permitir-se a identificação e a denúncia das tentativas ilegítimas de apropriações indevidas de recursos da sociedade brasileira.

Assim, é de se observar que, apesar de ter importante repercussão dentro do meio social, a responsabilidade civil do Estado por omissão é tema bastante controvertido entre os doutrinadores, tanto com relação a qual teoria da responsabilidade deve ser adotada (irresponsabilidade, subjetiva ou objetiva) quanto com relação a quais condutas omissivas são passíveis de responsabilização civil.

Defende Afonso da Silva (2011, p.246-251) que, embora se deva aplicar aos direitos fundamentais um suporte fático amplo, isso não significa que estes não sejam passíveis de restrição ou regulamentação. Todavia, a limitação da amplitude de determinado direito constitucionalmente estabelecido somente deve ocorrer mediante a existência de uma justificativa igualmente constitucional, de modo que “somente nos casos de omissão infundada é que se poderia imaginar alguma margem de ação para os juízes nesse âmbito”.

Havendo um dever de agir constitucionalmente estabelecido surge para o Estado uma obrigação, cujo descumprimento poderá ser isento de responsabilidade caso existente uma justificativa constitucional para tanto, adotando-se, nesse caso, a teoria da irresponsabilidade estatal sob novo fundamento. A identificação de qual omissão estatal é capaz de dar ensejo ao dever de indenizar é, portanto, resultado de uma análise casuística, sempre limitada a concretização da dignidade da pessoa humana, dentro da concepção de mínimo existencial.

Por outro lado, existindo uma conduta intolerável surge para o Estado o dever de indenizar, possuindo divergências, conforme anteriormente explanado, sobre qual teoria da responsabilidade deve ser aplicada. Fazendo uma análise da

doutrina francesa da *faute du service* e a forma como esta fora incorporada ao direito brasileiro, assim defende Hachem (2012, p. 141, tradução nossa)

As considerações tecidas a seguir tem como objetivo demonstrar que a adoção da responsabilidade subjetiva na legislação brasileira, nos casos de responsabilidade do Estado por violação do dever de eficiência ou em situações omissivas (um serviço que não funcionou ou funcionou tardiamente) não é apropriado para pelo menos por quatro razões: (a) a teoria da *faute du service* não remonta para a responsabilidade subjetiva; (b) os critérios para distinguir responsabilidade *pour faute* (por falha) da responsabilidade *sans faute* (sem falha), para o direito francês, não é a natureza omissiva da conduta; (c) na França, admite-se a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado por omissão; (d) os contornos da responsabilidade do Estado depende da estrutura jurídica e administrativa de cada sistema, e a Constituição de 1988 impõe um sistema de responsabilização objetiva.

Ademais, o princípio da igualdade dos cidadãos diante dos encargos, positivado no art.37, §6º, da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que o dano causado a determinado indivíduo pela prestação de uma atividade administrativa que visa beneficiar a todos deve ser compartilhado, não estabeleceu qualquer diferenciação entre as condutas omissivas e comissivas prestadas pelo agente público, razão pela qual se mostra injustificável qualquer diferenciação nesse sentido a ponto de se aceitar a indenização de apenas uma delas.

Quando se está diante de direitos fundamentais, a efetividade é dever que se impõe aos três Poderes estatais, os quais ficam obrigados a garantir a concretização desses seja mediante ações negativas ou positivas. Assim, defender a irresponsabilidade civil do Estado pela omissão na concretização do direito fundamental à duração razoável do processo é simplesmente isentá-lo de obedecer aos regramentos constitucionais, negando-se no caso concreto a efetividade de um direito fundamental expressamente estabelecido.

3.6 A responsabilidade civil do estado pela prestação jurisdicional

A responsabilização do Estado pela prestação jurisdicional é uma temática que nem sempre esteve presente nos textos constitucionais brasileiros. Na Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, apesar de o art.156 estabelecer a responsabilidade pessoal do juiz em caso de abuso de poder e prevaricação, o referido texto constitucional não previu qualquer responsabilidade estatal por atos jurisdicionais.

Dentre as legislações infraconstitucionais, importante se faz ressaltar que, antes da Proclamação da República, o Decreto n.º847, de 11 de outubro de 1890, Código Penal então vigente, estabeleceu no seu §6º, art.86, que “a sentença de reabilitação reconhecerá o direito do reabilitado a uma justa indenização, que será liquidada em execução, por todos os prejuízos sofridos com a condenação. A Nação, ou o Estado, são responsáveis pela indenização”, prevendo pela primeira vez o dever de indenizar estatal ainda que apenas em determinado caso especificado.

Apesar do avanço trazido pelo referido Código Penal, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, seguiu a mesma linha do texto constitucional anterior, no sentido de não estabelecer qualquer previsão de responsabilidade do Estado pelos atos cometidos por seus agentes, prevendo apenas a responsabilidade pessoal destes em seu art.82. Todavia, a legislação infraconstitucional continuou prevendo a responsabilização do Poder Público pelos danos oriundos da atividade jurisdicional, estabelecendo a Lei n.º221, de 20 de novembro de 1894, em seu art.13, que “os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União”.

Os demais textos constitucionais, apesar de não preverem especificamente a responsabilidade do Poder Público pelos danos oriundos da atividade jurisdicional, estabeleciam o dever de indenizar das pessoas jurídicas de direito público pelas condutas de seus agentes, conforme explanado anteriormente. É com a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, que a referida temática recebe uma nova roupagem, haja vista a previsão não apenas geral disposta no art.37, §6º, existindo previsão específica no inciso LXXV, do art.5º, o qual estabelece que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

Consoante se observa, a referida temática oscilou bastante durante e a evolução historia brasileira desde a irresponsabilidade até a previsão do dever de indenizar das pessoas jurídicas de direito público pelos danos causados. Quanto à irresponsabilidade estatal, Dergint (1994, p.129-130) arrola os seis principais fundamentos utilizados em sua defesa, quais sejam: a) a soberania do Poder Judiciário, b) a incontestabilidade da coisa julgada, c) a falibilidade contingencial

dos juízes, d) o risco do serviço público assumido pelos jurisdicionados, e) a independência da magistratura e f) a ausência de texto legal.

Data máxima vênia, é um equívoco se atribuir a soberania ao Poder Judiciário, haja vista este ser um atributo apenas do Estado como um todo e não das partes que o compõe, sendo inaceitável, nos dias de hoje, a manutenção de resquícios do período absolutista em que se defendia a existência de uma pessoa (seja física ou jurídica) acima da lei. Acrescenta Vasconcelos Júnior (2014, p. 264) que a aceitar essa fundamentação, “implicaria o reconhecimento reflexo da soberania do Legislativo e do Executivo, afastando também a responsabilidade desses órgãos por seus atos, o que contraria toda a construção da responsabilidade civil do Estado contemporâneo”.

Ademais, apesar de a coisa julgada ter sido criada em consonância com a concepção de segurança jurídica, tão necessária para a manutenção da paz social, este instituto, como qualquer outro no ordenamento jurídico brasileiro, não é absoluto. Os defensores da irresponsabilidade estatal em decorrência da incontrastabilidade da coisa julgada sustentam, em suma, seu posicionamento no fato de que as partes podem fazer uso das vias recursais previamente estabelecidas para modificar as decisões judiciais consideradas injustas, de modo que o trânsito em julgado modifica o suposto erro de fato ou de direito em uma verdade que deve ser aceita.

Ocorre que a própria legislação processual prevê a possibilidade de desconstituição da coisa julgada, por meio dos institutos da ação rescisória e da revisão criminal, por exemplo, demonstrando que essa não possui a definitividade absoluta que alguns defendem. Ademais, a ação indenizatória não vem para desconstituir a coisa julgada, mas apenas para lhe atribuir um efeito patrimonial em decorrência dos danos porventura causados. (VASCONCELOS JÚNIOR, 2014, p. 264).

Nesse mesmo sentido, defende Dergint (1994, p.144) que a indenização inclusive prescinde da rescindibilidade da sentença, o que justifica pelo argumento a seguir:

Entretanto, mesmo se prescrita a ação rescisória, é de se admitir possa o prejudicado, pelo erro do Estado-Juiz, indenização, ainda que mantido o julgamento transitado em julgado.

Atente-se para o fato de que na ação indenizatória não se busca a desconstituição da sentença lesiva e não se vinculam as mesmas partes

(mas uma delas é o Estado). Assim sendo, a responsabilidade estatal não se contrapõe à coisa julgada, sendo desprochada a desconstituição do ato jurisdicional (através da ação rescisória).

Acrescenta ainda Di Pietro (2013, p.736) que a fragilidade da presunção de verdade que norteia às decisões judiciais não impede a existência de decisões contrárias ou conflitantes, haja vista o sistema pátrio ter adotado o modelo romano-germânico, o qual não privilegia os precedentes, sendo juridicamente aceitável, portanto, a existência de uma ação indenizatória procedente oriunda de um erro constante de uma decisão judicial transitada em julgado não rescindida.

Quanto à falibilidade contingencial dos juízes, é de se ressaltar que, de fato, é válida a argumentação de que estes, como qualquer ser humano, são passíveis de cometer erro, todavia tal fato não pode servir de fundamento para se afastar a responsabilidade estatal apenas com relação aos magistrados, haja vista todos os demais agentes públicos serem igualmente falíveis. Assim, ou se atribui ao Poder Público o dever de indenizar os danos ocasionados por todos os seus agentes ou simplesmente adota-se a teoria da irresponsabilidade, não se podendo é aceitar o tratamento desigual entre semelhantes.

Como a própria Constituição Federal de 1988 já positivou a socialização dos riscos e a igualdade dos indivíduos perante os encargos sociais por meio do art.37, §6º, a falibilidade do juiz apenas confirma o dever de indenizar estatal, ainda que o agente público em questão somente possa ser responsabilizado mediante ação regressiva nas hipóteses previamente regulamentadas, podendo-se adotar o mesmo argumento para afastar a ideia do risco assumido pelo jurisdicionado.

Nesse sentido, defende Dergint (1994, p.149):

A solução dos conflitos eventualmente exsurjam na vida em sociedade, entretanto, não interessa somente às partes diretamente envolvidas, mas à sociedade como um todo. Justamente por isso, nos sistemas jurídicos atuais, o Estado incumbiu-se, em caráter exclusivo, da prestação jurisdicional, proibindo a chamada “justiça de mão própria”. Nesse sentido, o serviço judiciário é imposto aos indivíduos. Somente o Estado pode resolver como definitividade os conflitos de interesse. Os cidadãos recorrem ao serviço público judiciário geralmente porque não lhes resta outra alternativa, e, sem dúvida, este perderia toda sua razão de ser se o jurisdicionado devesse arcar com o risco de um provável erro judiciário. Aliás, se se admitisse sujeitar o jurisdicionado a este risco, poder-se-ia questionar se isso valeria igualmente para ambas as partes de uma relação processual, uma vez que o réu é obrigado a integrá-la, sujeitando-se inevitavelmente à jurisdição.

A decisão judicial atenta sobretudo para o interesse da sociedade, principalmente em atenção aos princípios de segurança jurídica e ordem pública. A partir do momento em que o Estado assumiu a prestação do

serviço judiciário, impondo-o aos cidadãos, assumiu o dever de zelar pelo seu adequado funcionamento, bem como de responder por suas consequências danosas.

Explana Grinover, Cintra e Dinamarco (2009, p. 180) que a independência do Poder Judiciário é de suma importância para salvaguardar a imparcialidade deste, a fim de que não sofra pressões externas, podendo-se falar tanto na independência política do próprio Poder e de seus órgãos, a qual se manifesta na prerrogativa de autogoverno, nas garantias que gozam seus membros (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos previstas no art.95 da Constituição Federal de 1988) e na vedação do exercício de determinadas atividades (previsto no parágrafo único do dispositivo mencionado), quanto na independência jurídica dos juízes, a qual se manifesta pela ausência de subordinação hierárquica no desempenho de suas atividades, sendo inteiramente livre na formação de seu convencimento.

Apesar de a independência do Poder Judiciário ser um instituto fundamental dentro do Estado Democrático de Direito, essa não pode ser utilizada para acobertar irresponsabilidades. Chega a defender Dias (2004, p.170) que a independência do Judiciário e a responsabilidade civil do Estado não são concepções opostas, sendo, na verdade, ideias que se complementam, haja vista servir esta última de blindagem protetora dos magistrados pelos erros cometidos.

Por fim, é de se ressaltar que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado pela adoção da teoria da irresponsabilidade estatal nos casos em que não há previsão expressa e específica de indenização pelos danos oriundos do serviço prestado pelo Poder Judiciário¹⁴. Assim, atualmente, somente se aceitaria a

¹⁴ Nesse sentido, colaciona-se a seguir decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal datadas de 1958 até 2014, todas se manifestando pela irresponsabilidade estatal pelos danos oriundos da atividade exercida pelo Poder Judiciário: “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR ATO DO PODER JUDICIÁRIO. ERRO JUDICIÁRIO NÃO CONFIGURADO. SÚMULA Nº 279/STF. Para dissentir da solução conferida pelo tribunal de origem à controvérsia, relativa à ocorrência, ou não, de erro judiciário, faz-se necessária uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constantes dos autos (incidência da Súmula nº 279/STF). O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que a responsabilidade civil objetiva do estado não alcança os atos judiciais praticados de forma regular, salvo nos casos expressamente declarados em Lei. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal; AI-AgR 759.880; RS; Primeira Turma; Rel. Min. Roberto Barroso; Julg. 05/08/2014; DJE 25/08/2014; Pág. 28); “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRISÃO ILEGAL. DEPOSITÁRIO INFIEL. MANDADO DE PRISÃO QUE RECAIU SOB PESSOA DIVERSA. ERRO DO PODER JUDICIÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. 1. Indenização por danos morais. Necessidade de reexame de fatos e provas: Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. 2. Este supremo tribunal assentou que a teoria da responsabilidade objetiva do estado não se aplica aos atos judiciais, salvo nos casos de erro

responsabilidade estatal nos casos regulamentados pelo art.5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, quais sejam nas hipóteses de erro judiciário criminal e permanência na prisão além do tempo fixado em sentença.

Data máxima vênia, a adoção da teoria da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos do Poder Judiciário mediante a existência de uma regra geral constitucionalmente positivada destoa dos anseios sociais. O simples fato de o art.5ª da Constituição Federal de 1988 ter previsto o dever de indenizar estatal para as situações ali especificadas, isso não significa que os demais atos exercidos pelo referido Poder estão ausente de responsabilidade.

Quanto ao tema, assim se manifesta Cretella Júnior (1969, p.100):

Sustentamos, neste artigo, a tese da responsabilidade do Estado por atos judiciais, em sentido amplo, fundamentando-nos em princípios publicísticos, que informam o moderno direito administrativo, dando como válidas para o sistema jurídico brasileiro as seguintes proposições: a) A responsabilidade do Estado por atos judiciais é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público. b) As funções do Estado são funções públicas, exercendo-se pelos três poderes. c) O magistrado e órgão do Estado. Ao agir, não age em seu nome, mas em nome do Estado, do qual é representante. d) O serviço público judiciário pode causar dano às partes que vão a juízo pleitear direitos, propondo ou contestando ações (cível). Ou na qualidade de réus (crime). e) O julgamento, quer no crime, quer no cível, pode consubstanciar-se no erro judiciário, motivado pela falibilidade humana na decisão. f) Por meio dos institutos rescisório e revisionista é possível atacar-se o erro judiciário, de acordo com as formas e

judiciário e de prisão além do tempo fixado na sentença (inc. Lxxv do art. 5º da constituição da república) e nas hipóteses expressamente previstas em Lei. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal; AI-AgR 599.501; PR; Segunda Turma; Relª Minª Carmen Lúcia; Julg. 19/11/2013; DJE 26/11/2013; Pág. 40); “CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. SÚMULA Nº 279-STF. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PODER JUDICIÁRIO. I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. II. - O acórdão recorrido partiu da análise do contexto fático-probatório trazido aos autos, o que, por si só, seria suficiente para impedir o processamento do recurso extraordinário (Súmula nº 279-STF). III. - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em Lei. Precedentes do STF. IV. - Agravo não provido”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal; AI-AgR 486143; MA; Segunda Turma; Rel. Min. Carlos Velloso; Julg. 21/09/2004; DJU 08/10/2004; p. 00016); “RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ATO DO PODER JUDICIÁRIO. O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em Lei. Orientação assentada na Jurisprudência do STF. Recurso conhecido e provido”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal; RE 219117; PR; Primeira Turma; Rel. Min. Ilmar Galvão; Julg. 03/08/1999; DJU 29/10/1999; p. 00020); “RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ATO DO PODER JUDICIÁRIO. A orientação que veio a predominar nesta Corte, em face das Constituições anteriores a de 1988, foi a de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário a não ser nos casos expressamente declarados em Lei. Precedentes do S.T.F. Recurso extraordinário não conhecido”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal; RE 111609; AM; Primeira Turma; Rel. Min. Moreira Alves; Julg. 11/12/1992; DJU 19/03/1993; p. 04281); “O ESTADO SÓ RESPONDE PELOS ERROS DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO, NA HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 630 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FORA DISSO, DOMINA A NÃO RESPONSABILIDADE DO ESTADO. Recurso não conhecido”. (STF; RE 35500; Segunda Turma; Rel. Min. Antonio Villas Boas; Julg. 09/12/1958).

modos que a lei prescrever, mas se o equívoco já produziu danos, cabe ao Estado o dever de repará-los. g) Voluntário ou involuntário, o erro de conseqüências danosas exige reparação, respondendo o Estado civilmente pelos prejuízos causados. Se o erro foi motivado por falta pessoal do órgão judicante, ainda assim o Estado responde, exercendo a seguir o direito de regresso sobre o causador do dano, por dolo ou culpa. h) Provado o dano e o nexo causal entre este e o órgão judicante, o Estado responde patrimonialmente pelos prejuízos causados, fundamentando-se a responsabilidade do poder público, ora na culpa administrativa, o que envolve também a responsabilidade pessoal do juiz, ora no acidente administrativo, o que exclui o julgador, mas empenha o Estado, por falha técnica do aparelhamento judiciário, ora no risco integral, o que empenha também o Estado, de acordo com o princípio solidarista dos ônus e encargos públicos.

Assim, por ser o serviço público judiciário uma espécie do gênero serviço público da mesma forma que o magistrado é uma espécie do gênero agente público, deve-se aplicar a responsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário o mesmo regramento previsto para o caso de responsabilidade estatal pela prestação de serviço público, qual seja o art.37, §6º, da Constituição Federal de 1988, caso inexistente norma específica. Nesse sentido, conclui Dergint (1994, p.156) que o “entendimento jurisprudencial, segundo o qual o Estado não pode ser condenado na ausência de texto expresso, implica, pois, em uma denegação de justiça”.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL PELA INEFICIÊNCIA DO DIREITO À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

4.1 Da eficácia do direito fundamental prestacional à duração razoável do processo

O pensamento político moderno retira do constitucionalismo o seu supedâneo, compreendendo-se a Constituição “como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras” (BARROSO, 2009, p.86), cuja característica primordial tem sido a limitação dos poderes estatais em face dos direitos e garantias fundamentais e sociais atribuídos aos particulares. Todavia, a principal problemática enfrentada atualmente pelos aplicadores do direito tem sido garantir a própria efetividade da norma constitucional, cuja inaplicabilidade mostra-se danosa a sociedade. Nesse sentido, assim se manifesta BONAVIDES (2006. p.381)¹⁵:

Aliás, um clima anti-Constituição, ou seja, contrário ao espírito da Constituição, se está formando nas cúpulas empresariais mais retrógradas, assim como em algumas regiões da liderança política, ameaçando minar os alicerces do regime e desfigurar os valores incorporados ao texto da nova Carta. A sofreguidão privatista, a par de uma resistência à aplicação dos direitos sociais básicos, certifica tal tendência. Até hoje no Brasil a preocupação maior tem sido, após a queda de cada ditadura, apenas legitimar um chefe de governo, um Presidente da República, um caudilho, um aventureiro político; jamais um sistema de poder, uma pauta de regras e princípios, uma ordem jurídica moderna ou uma nova estrutura econômica.

Apesar de a previsão legal do direito fundamental a duração razoável do processo não ser matéria recente dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a eficácia do referido direito constitui problemática ainda passível de solução. Dispõe expressamente o parágrafo primeiro do art.5º da Constituição Federal de 1988 que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, dispositivo este que, em um olhar superficial, seria suficiente para garantir a plena exigibilidade do mencionado direito, se não fosse a multifuncionalidade das

¹⁵ Ressalte-se que Paulo Bonavides não é o único a apontar os riscos que o não cumprimento do texto constitucional pode ocasionar' Nesse sentido, NEVES (1994, p.160-161) assim se manifesta: “A falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional está associada à função simbólica. A identificação retórica do Estado e do governo com o modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como alibi: transfere-se a “culpa” para a sociedade desorganizada, “descarregando-se” de “responsabilidade” o Estado ou o governo constitucional. No mínimo, transfere-se a realização da Constituição para um futuro remoto e incerto.”

normas constitucionais, o que exige do operador jurídico uma melhor análise sobre o tema.

Adotando a classificação apresentada por ALEXY (2008, p.442-446), os direitos fundamentais podem ser divididos em direitos de defesa, o qual dá ensejo a um dever de abstenção estatal (ação negativa), e em direito prestacional, compreendido como um dever de agir do Poder Público (ação positiva), apresentando este último maior controvérsia em torno de sua efetividade e judicialidade. Nesse contexto, defende ARRUDA (2006, p.227) que o direito à duração razoável do processo possui caráter defensível inegável, por obrigar que o Estado deixe de adotar medidas protelatórias ou atentatórias ao *due process of law*, todavia igualmente possui caráter prestacional, ao se exigir que sejam fornecidos os meios necessários para garantir uma prestação jurisdicional adequada.

Assim, em decorrência deste caráter dúplice¹⁶, deve-se analisar, no caso concreto, qual o motivo ensejador da morosidade. Dentro da concepção de direito de defesa, caso o Estado, na qualidade de parte do processo, atue de forma protelatória, deve-pode o magistrado responsabilizá-lo pelo dano processual causado, por meio, por exemplo, do instituto da litigância de má-fé, positivado no art.17 do Código de Processo Civil vigente. Por sua vez, caso a morosidade ocorra por culpa atribuível ao próprio Estado-juiz da causa, ao retardar dolosamente o trâmite processual, sem justo motivo, este pode ser responsabilizado por força do art.133 do mesmo diploma.

Todavia, caso a demora da prestação jurisdicional seja decorrente do não cumprimento de uma obrigação de competência do Estado, por não dispor o Judiciário dos meios necessários (ausência de recursos humanos e materiais adequados) para prestar um serviço público de qualidade, este deve ser igualmente responsabilizado pelo dano causado ainda que decorrente unicamente do mau aparelhamento da máquina estatal.

Quanto à efetividade dos direitos constitucionais prestacionais, assim dispõe GRAU (2010, p.317-320):

¹⁶ Nesse sentido, defende GUERRA (2003, p.107): “Revela ainda notar que o direito fundamental à duração razoável ao processo é dotado de um caráter dúplice, no que diz com aquela tipologia dos direitos fundamentais, que os divide em direitos de liberdade e prestacionais. Tanto ele vincula imediatamente o órgão jurisdicional, que o pode aplicar diretamente sem a intervenção de órgãos administrativos ou legislativos, na alocação de recurso financeiros, econômicos, humanos etc., como também exige, para ser plenamente atendido, em algumas circunstâncias, essa mesma intervenção estatal que vai além daquilo que o órgão jurisdicional está materialmente apto a realizar.”

Aplicar o direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual inscrito é auto-suficiente, que tal preceito não reclama – porque dele independe – qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade.

[...]

Preceito imediatamente aplicável vincula, em última instância, o Poder Judiciário. Negada pela Administração Pública, pelo Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação.

O Poder Judiciário, então, estará, de uma banda, vinculado pelo dever de conferir efetividade imediata ao preceito. De outra, estará autorizado a inovar o ordenamento jurídico suprimindo, em cada decisão que tomar, eventuais lacunas que, não estivesse o preceito dotado de aplicabilidade imediata, atuariam como obstáculo a sua exequibilidade.

Note-se, por um lado, que a admissão da existência dessas lacunas não conflita com a afirmação, anterior, de que o preceito imediatamente aplicável é auto-suficiente. Ele o é justamente porque a lacuna como tal, se se manifestar, não consubstancia impediente da sua aplicação – as lacunas existentes serão supridas pelo Poder Judiciário.

[...]

O juiz não é, tão somente, como observei neste ensaio, a boca que pronuncia as palavras da lei. Está, ele também, tal qual a autoridade administrativa – e, bem assim, o membro do Poder Legislativo –, vinculado pelo exercício de uma função, isto é, de um dever-poder. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de interdependência e não de independência, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente.

Imperioso se faz observar que, para os adeptos da referida corrente, independentemente da natureza do direito fundamental em questão, seja este classificável como norma prestacional ou de defesa, programática ou não, a aplicação direta e imediata é medida que se impõe. Isso significa dizer que todos os Poderes estatais possuem o dever-poder de dar plena efetividade aos direitos fundamentais constitucionalmente positivados, editando o Legislativo normas que lhes deem maior concretude, as quais serão executadas pelo Executivo, atuando o Judiciário, não apenas na solução dos casos que envolvam conflito na aplicação do texto legal, mas também na possível existência de omissão, seja legislativa ou administrativa.

Assim, mesmo a baixa normatividade de um dispositivo constitucional não pode servir de obstáculo para a aplicação direta e imediata de um direito fundamental constitucional, por força do que dispõe o art.5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, ficando os magistrados autorizados a suprir qualquer lacuna por meio dos instrumentos legais fornecidos pelo art.4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º4.657, de 4 de setembro de 1942), o qual determina que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a

analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Acrescente-se ainda que a previsão de remédios constitucionais que têm como finalidade assegurar a aplicabilidade dos direitos fundamentais contra ações ou mesmo omissões do Estado reforça ainda mais tal corrente. Enquanto que o mandado de injunção, previsto no inciso LXXI, do art.5º, da Constituição Federal de 1988, consiste em um instrumento processual utilizado sempre que a “falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista genericamente no art.103, §2º, do mesmo diploma, é apresentada como um processo de controle de constitucionalidade abstrato das omissões inconstitucionais.

Embora ambos os remédios constitucionais mencionados tenham essencialmente natureza mandamental¹⁷, haja vista declararem a mora do órgão legiferante, intimando-o para que cumpra o dever de legislar, os efeitos quanto ao descumprimento da referida ordem judicial emanada são diversos. Quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, defende CARRAZZA (1993, p.39/40) que, caso o Poder Legislativo ou Executivo permaneça inerte após a procedência da demanda, ainda que o magistrado não esteja autorizado para editar a legislação faltante, em respeito ao princípio da separação dos Poderes, haja vista o efeito *erga omnes* do *decisum*, a referida omissão inconstitucional, “independentemente de sanções de outra natureza, poderá se resolver, para a parte lesada, em perdas e danos (por inércia do Poder Público)”¹⁸.

¹⁷ Explana MEIRELLES, WALD e MENDES (2012, p.577) que, “tanto quanto a decisão a ser proferida no processo de controle abstrato da omissão, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da omissão no mandado de injunção tem eficácia mandamental. [...] A garantia do exercício de direitos prevista no art.5º, LXXVI, da CF, pertinente ao mandado de injunção, não se diferencia, fundamentalmente, da garantia destinada a tornar efetiva uma norma constitucional referida no art.103, §2º, da CF, concernente ao controle abstrato da omissão. As decisões proferidas nesses processos declaram a mora do órgão legiferante em cumprir dever constitucional de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida. Destarte, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residiria no fato de que, enquanto o primeiro se destina à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico.”

¹⁸ Quanto à eficácia da decisão que declara a existência de inconstitucionalidade por omissão, acrescenta CARRAZZA (1993, p.39) que “o Supremo, dando pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não legisla, nem executa; simplesmente declara a omissão (se a inércia for do Legislativo) ou determina a execução (se a inércia for do Executivo). Com isso, a Constituição da República, como já dissemos, reforçou o princípio da harmonia e separação dos Poderes, uma vez que proibiu que o Supremo Tribunal Federal editasse lei (no lugar do Poder Legislativo) ou a executasse (no lugar do Poder executivo). À vista do exposto, temos que a decisão, na ação de inconstitucionalidade por omissão, tem eficácia basicamente declaratória. Dizemos

Por sua vez, quanto ao mandado de injunção, defende o mencionado doutrinador (CARRAZZA, 1993, p.45) que, por ter efeitos *inter partes*, “concedendo a injunção, o Judiciário definirá dentre as várias soluções possíveis, para colmeiar a lacuna infraconstitucional, a que melhor atende às exigências do caso concreto”. Nesse mesmo sentido, dispõe MEIRELLES, WALD e MENDES (2012, p.339-340):

A contumaz omissão do Legislativo em várias áreas, no entanto, acabou revelando a insuficiência da solução. O descumprimento do prazo não trazia consequências práticas. Embora encarar o julgamento do mandado de injunção apenas como uma comunicação ao Poder Legislativo, fosse uma postura tecnicamente perfeita do ponto de vista estritamente jurídico, a prática passou a revelar sua ineficácia no mundo real. Os julgados em mandado de injunção foram sistematicamente ignorados pelo Congresso Nacional, que persistia na omissão ao longo dos anos, não obstante repetidos pronunciamentos da Suprema Corte.

[...]

Passou a prevalecer, portanto, o entendimento de que a sistemática omissão do Poder Legislativo autoriza o Judiciário a garantir, de alguma forma, o exercício dos direitos assegurados na Constituição, sem que isto represente violação ao princípio da separação dos Poderes. Trata-se de garantia mediante regulação provisória do direito – e, portanto, não se configura uma atividade verdadeiramente legiferante do Judiciário. É, porém, indispensável à garantia da eficácia dos direitos constitucionais violados pela inércia do legislador. Se e quando editada a norma específica pelo Congresso Nacional estará afastada a regulação judicial provisória.

Dentro desse contexto, o direito à duração razoável do processo, positivado no art.5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, através da Emenda Constitucional n.º45/2004, ainda que possua natureza prestacional, ao exigir do Estado o fornecimento dos meios necessários para a execução do serviço público jurisdicional adequado, deve plena obediência ao §1º do mesmo dispositivo legal, o qual determina a sua aplicabilidade direta e imediata. Ainda que se defenda a baixa normatividade deste, a ausência de legislação específica o regulamentado não pode servir de fundamento para torná-lo inócuo, haja vista ser um dever-poder do Judiciário, como de qualquer dos demais Poderes, dar-lhe efetividade no caso concreto.

O desrespeito ao mencionado princípio enseja a aplicação imediata do que dispõe o art.37, §6, do vigente texto constitucional, o qual estabelece a responsabilidade civil estatal pelos danos ocasionados por agentes públicos a terceiros, cuja aplicabilidade abarca não apenas o ato comissivo, mas também as

declaratória (e, não, exclusivamente declaratória) porque ela também possui, em relação ao Executivo, eficácia mandamental média, pois concita a praticar o ato, sob pena de responsabilidade e, em relação ao Legislativo, eficácia mandamental mínima, já que, como vimos, embora não o compila a editar a lei, atesta publicamente sua omissão, aplicando-lhe, grosso modo, uma sanção de natureza política”.

omissões inconstitucionais dos três Poderes. Destarte, tal direito fundamental não necessita de regramento específico para ter efetividade, sendo “perfeitamente indenizáveis os danos material e moral originados da excessiva duração do processo, desde que o diagnóstico da morosidade tenha como causa primordial o anormal funcionamento da administração da justiça” (CAHALI, 2014, p.530), em decorrência da teoria do risco administrativo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme mencionado no capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado pela adoção da teoria da irresponsabilidade estatal nos casos em que não há previsão expressa e específica de indenização pelos danos oriundos do serviço prestado pelo Poder Judiciário, como no caso dos prejuízos sofridos pelas partes, sejam materiais ou morais, decorrentes da duração irrazoada de uma demanda cível. *Data máxima vênia*, apesar de se defender neste trabalho posicionamento diverso, a necessidade de regramento deve e pode ser suprida pelo próprio Poder Judiciário, através da utilização de métodos de integração normativo ou mesmo mediante a utilização dos remédios constitucionais existentes, a fim de dar o efetivo cumprimento aos anseios sociais constitucionalmente positivados.

Adotando um entendimento mais moderado, assim manifesta-se SARLET (2009, p.270-271) sobre o §1º, art.5º, da Constituição Federal de 1988:

Levando-se em conta esta distinção, somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º. de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais,¹⁰² entendimento este sustentado, entre outros, no direito comparado, por Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan. Percebe-se, desde logo, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma de suas diferenças essenciais relativamente às normas princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada,¹⁰⁴ razão pela qual o seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta. Para além disso (e justamente por este motivo), cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada, presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais, que, como visto, nem por isso deixarão de ser imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, na medida em que não reclamarem uma *interpositio legislatoris*, além de gerarem - em qualquer hipótese - uma eficácia em grau mínimo. Isto significa, em última análise, que, no concernente aos direitos

fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática, tal qual proposta, entre nós, na já referida e referencial obra de Juarez Freitas.

Para os adeptos desta corrente, o dispositivo constitucional que determina a aplicação direta e imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais deve ser visto como um mandado de otimização, haja vista os diversos graus de concretude que os princípios possuem, de forma a garantir o mínimo de eficácia para as normas constitucionais. Assim, surge para os três Poderes um dever-poder de garantir o mínimo de efetividade inclusive para os direitos prestacionais de baixa normatividade, os quais não podem ser interpretados como uma mera sugestão de atuação, mas sim como uma obrigação constitucionalmente estabelecida¹⁹.

Conforme defende SARLET (2009, p.293), a diferença de concretude entre as normas de defesa e as normas prestacionais não está necessariamente na presença de expressões vagas e abertas, pois em ambas é possível se aferir a existência de conteúdo amplo, cuja delimitação do objeto, no caso concreto, incumbe precipuamente aos tribunais por via da interpretação ao nível constitucional, não havendo necessidade da atuação do legislador para tanto, consubstanciando o obstáculo da aplicabilidade imediata em um “problema de natureza competencial, porquanto a realização destes direitos depende da disponibilidade dos meios, bem como – em muitos casos – da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica”.

Assim, a problemática da aplicabilidade imediata do direito à duração razoável do processo não está necessariamente na existência de conteúdo jurídico indeterminado em tal norma (o que se deve entender como razoável?), haja vista a delimitação de tal objeto ser perfeitamente superável pela interpretação judicial, sem

¹⁹ Assim dispõe SARLET, MARINONI e MITIDIERO (2012, p.678) sobre o direito à duração razoável do processo, “seu conteúdo mínimo está em determinar: (i) ao legislador, a adoção de técnicas processuais que viabilizem a prestação da tutela jurisdicional dos direitos em prazo razoável (por exemplo), a edição de legislação que reprima o comportamento inadequado das partes em juízo (litigância de má-fé e contempt of court) e regulamente minimamente a responsabilidade civil do Estado por duração não razoável do processo; (ii) ao administrador judiciário, a adoção de técnicas gerenciais capazes de viabilizar o adequado fluxo dos atos processuais, bem como organizar os órgãos judiciários de forma idônea (número de juízes e funcionários, infraestrutura e meios tecnológicos); e (iii) ao juiz, a condução do processo de modo a prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável.

que isso viole o princípio da separação dos Poderes, mas sim na indeterminação da melhor política pública a ser adotada, cuja competência ultrapassa o poder do magistrado dentro do caso concreto.

Ainda que a judicialidade da duração razoável do processo quanto ao seu caráter prestacional não seja aceito, por se entender pela impossibilidade de o magistrado ditar políticas públicas, o descumprimento do dever estatal de prestar o serviço público jurisdicional em tempo razoável, independentemente de qual dos Poderes deu ensejo ao referido inadimplemento, gera o direito à tutela reparatória. Nesse sentido dispõe SARLET, MARINONI e MITIDIERO (2012, p. 680):

A violação do direito à duração razoável gera direito à tutela reparatória. A responsabilidade do Estado é pela integralidade do dano experimentado pela parte prejudicada pela duração excessiva do processo, medindo-se a reparação pela sua extensão (art.944 do CC). Nada obsta à configuração de direito à reparação por danos patrimoniais e por danos extrapatrimoniais – por exemplo, por danos morais e por danos à imagem – em face da excessiva duração do processo. A ação visando à indenização pela duração excessiva do processo segue o procedimento comum ordinário e tem ser proposta em primeiro grau. Pode ser proposta tanto contra a União, perante a Justiça Federal (art.109, I, da CF), se a realização pela condução do processo em que ocorreu a dilação indevida for de juízo federal (comum ou especializado), quanto contra o Estado, perante a Justiça Estadual (art.125 da CF), se a responsabilidade for de juízo estadual.

Ocorre que auto-suficiência das normas constitucionais ou a sua mínima eficiência não são posicionamentos defendidos por todos. Assim se manifesta FERREIRA FILHO (2009, p.104) sobre o regramento disposto no art.5º, §1º, da Constituição Federal de 1988:

A intenção que a editou é compreensível e louvável: evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela é não executável pela natureza das coisas.

Ora, de duas uma, ou a norma definidora de direito ou garantia fundamental é completa, e, portanto, auto-executável, ou não o é, caso em que não poderá ser aplicada. Pretender que uma norma incompleta seja aplicada é desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza que, rejeitada, volta a galope, como disse o francês.

Em síntese, afirma o referido doutrinador que, no texto constitucional, existem direitos fundamentais cuja aplicabilidade imediata e direta não pode ser obedecida em decorrência da baixa normatividade existente, somente se podendo alcançar sua plena concretização após a expedição de uma norma

regulamentadora, pois aceitar posicionamento diverso seria ir de encontro à própria natureza das coisas, dispondo ainda que tal omissão não pode ser suprida pelo Judiciário de modo que “a inconstitucionalidade por omissão tem sido letra morta e o mandado de injunção de pouco tem servido” (FERREIRA FILHO, 2009, p.52)

Aceitar tal corrente significa simplesmente esvaziar a Constituição de efetividade a ponto de se poder afirmar a existência de direitos fundamentais inócuos, cuja aplicabilidade ficaria inteiramente dependente da vontade do legislador. Seria tratar o texto constitucional como um mero conjunto de pedidos formulados pela sociedade através do poder constituinte originário ao Estado, o qual não possuiria qualquer responsabilidade quanto ao seu cumprimento. Todavia, a interpretação do texto constitucional não pode ser compreendida como um mero ato de subsunção da norma legal ao caso concreto, haja vista ser uma atividade essencialmente criadora do direito,

Assim, não se pode interpretar o direito fundamental à duração razoável do processo, ainda que apenas no seu âmbito prestacional, como uma norma desprovida de aplicabilidade imediata por ausência de regramento específico, haja vista ser função do próprio interprete, dentro da nova hermenêutica constitucional, retirar-lhe o máximo de efetividade, pois “uma vez reconhecido qualquer direito fundamental, a inviabilização do seu exercício mostra-se inconstitucional”. (FREITAS, 2010, p.340)

Ainda que o direito à duração razoável do processo, em seu caráter prestacional, seja compreendido como uma norma desprovida de aplicabilidade imediata e direta por ausência de regramento específico, sendo juridicamente impossível o saneamento de tal omissão pela via judicial, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes, o que ora se sustenta é que, independentemente das políticas públicas a serem direcionadas na concretização desse direito, cuja judicialidade é matéria não pacífica na doutrina, possui o jurisdicionado o direito de ser indenizado pela irrazoabilidade temporal da prestação jurisdicional.

4.2 Da irrazoabilidade temporal na tomada de decisão como ato judicial imperfeito indenizável

O conceito de serviço público possui grande relevância dentro do

ordenamento jurídico brasileiro por ser a expressão utilizada pelo constituinte originário no texto do art.37, §6, da Constituição Federal de 1988 para regulamentar a responsabilidade civil estatal, excluindo desse dever de indenizar as condutas prestadas com finalidade diversa daquela, as quais passam a ser classificadas como atividades econômicas. Haja vista a necessária distinção entre o que se entende por serviço público e por atividade econômica, apresenta MELLO (2014, p. 692) os seguintes elementos:

Conclui-se, pois, espontaneamente, que a noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos: (a) um deles, que é o substrato material, consistente na prestação de utilidade pública ou comodidade fruível singularmente pelos administrados; o outro, (b) traço formal indispensável, que lhe dá justamente caráter de jurídica, consistente em um específico regime de Direito Público, isto é, numa “unidade normativa”.

Esta unidade normativa é formada por princípios e regras caracterizados pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e por restrições especiais, firmados uns e outros em função da defesa de valores especialmente qualificados no sistema normativo.

Nesse mesmo sentido, explana MEDAUAR (1992, p.110-112) que os elementos comuns às atividades qualificadas como serviço público são o vínculo orgânico com a Administração, pois mesmo que a prestação não seja feita diretamente por órgão público, o Estado tem o dever-poder de exercer um controle permanente sobre o gestor do serviço por meio de intervenção que vai além da mera aplicação de medidas de polícia, e a submissão, total ou parcial, ao regime jurídico de direito público com obediência aos princípios diretores do Direito Administrativo, a fim de garantir um funcionamento equitativo, contínuo e eficaz.

Assim, pode-se conceituar serviço público como aquela atividade exercida pelo Estado, diretamente ou indiretamente, através de seus Poderes, com a finalidade de suprir uma necessidade social, em obediência, ainda que parcial, ao regramento público, chegando DERGINIT (1994, p.113) a afirmar que “a função jurisdicional (assim como a administrativa, à qual é ontologicamente semelhante) constitui um serviço público, monopolizado pelo Estado”.

Conforme explana MEIRELLES (2014, p.386-390), deve-se entender por serviço público “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”, termo genérico este que possui como espécie o denominado serviço próprio do Estado, o qual é

compreendido como aquelas atividades “que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene, saúde pública, judiciário etc.) e para a execução dos quais a Administração usa da supremacia sobre os administrados”.

O Poder Judiciário, da mesma forma que o Legislativo e Executivo, possui funções típicas e atípicas, praticando aquele não apenas atos jurisdicionais, voluntário ou contencioso, mas também atos administrativos. Os atos judiciais, nesse contexto entendido em sentido amplo como gênero dos quais aqueles são espécie, preenche os requisitos para ser qualificado como serviço público, por se constituir em uma atividade inteiramente vinculada ao Estado, sendo inclusive prestada em forma de monopólio diretamente por agentes públicos (magistrados), a qual deve obediência ao regime jurídico de direito público, devendo ser prestada de forma eficiente, contínua e em respeito a modicidade tarifária.

Durante o trâmite processual, o Estado-juiz, além de praticar atos judiciais jurisdicionais com a prolação de despachos, decisões e sentenças, é responsável por praticar os atos judiciais administrativos, gerindo os recursos humanos e materiais que lhe estão disponíveis, a fim de garantir a efetividade do direito fundamental ao acesso à justiça, não apenas com a prolação de um *decisum* justo, mas também com a prestação do serviço público jurisdicional dentro de um tempo razoável. Apesar de ser tema controvertido na doutrina a responsabilidade civil do Poder Público pelo exercício da função tipicamente judiciária, “quando a atuação do Estado, por meio de seus agentes, se dá no âmbito da função executiva, não surgem maiores dúvidas quanto ao dever reparatório do Estado” (VASCONCELOS JÚNIOR, 2014, p.260).

Defendendo a responsabilidade do Estado pela função administrativa, ainda que exercida atipicamente pelo Poder Judiciário, assim expõe CRETELLA JUNIOR (1969, p.100):

A responsabilidade do Estado por atos judiciais é espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos decorrentes do serviço público, porque o ato judicial é, antes de tudo, um ato público, ato de pessoa que exerce o serviço público judiciário.

Equipara-se o magistrado ao funcionário público para efeitos de responsabilidade e o serviço de justiça ao serviço público, numa relação de gênero a espécie (público e judicial).

Por sua vez, no âmbito do Poder Judiciário, editam-se atos judiciais jurisdicionais, contenciosos e voluntários, e atos judiciais não jurisdicionais, ou atos administrativos materiais, editados pelo Judiciário, agora nas vestes de administrador.

Os atos materiais, praticados pelo Poder Judiciário, tais como, nomeações, demissões, concessão de licenças, férias, atos de correição, se causam dano aos administrados, empenham a responsabilidade civil do Estado, de acordo com o regime jurídico comum da responsabilidade pública, equacionada em termos publicísticos, de responsabilidade do Estado por atos de seus funcionários.

A efetividade do direito à duração razoável do processo no seu âmbito prestacional ocorre necessariamente mediante atos administrativos de gestão que influenciam diretamente no cumprimento do dever-poder de impulso oficial do processo exercido pelo magistrado, por estar vinculado a prestação de políticas públicas assim direcionadas. Pouco pode fazer o Estado-juiz para garantir a prestação do serviço público jurisdicional adequado quando possui um acervo vultoso de processos, um baixo número de servidores capacitados para realizar tal atividade especializada ou mesmo escassos e ultrapassados recursos materiais disponíveis.

Em tal situação, o dano à parte não é provocado pela função jurisdicional propriamente dita, mas sim pela função administrativa exercida atipicamente pelo Poder Judiciário, o qual não emprega os recursos públicos de maneira eficiente. Ainda que se alegue a ausência de recursos financeiros, em respeito ao art.5º, §1º, da Constituição Federal, deve-se garantir ao direito fundamental à duração razoável do processo o mínimo de efetividade por meio da prestação do serviço público jurisdicional em tempo satisfatório, mesmo que fosse possível uma tramitação mais célere.

Leciona BARCELLOS (2011, p.279) que, “na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais”, ao ponto de colocar o Judiciário no papel de vilão nacional responsável pelo terror econômico.²⁰ Apesar de os meios financeiros não serem

²⁰ Assim dispõe MÂNICA (2011, p.15/16) sobre a teoria da reserva do possível: “Em última análise, a aplicação da teoria da reserva do possível implica reconhecer, de um lado, a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação; de outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa (discricionária) do Executivo como óbices à efetivação dos direitos sociais fundamentais. Isso significa que a inexistência efetiva de recursos e a ausência de previsão orçamentária são elementos não absolutos a serem levados em conta no processo de ponderação por meio do qual a decisão judicial deve tomar forma. Assim, o custo direto envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como óbice intransponível para a sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação de bens. Além disso, deve participar do processo de ponderação a natureza de providência judicial almejada, em especial no que se refere a sua necessidade, adequação e proporcionalidade específica para a proteção do

ilimitados, tendo os administradores, por vezes, que fazer escolhas trágicas sobre a aplicação dos recursos escassos ao deixar de investir em determinada área para suprir outras demandas, o mínimo existencial, entendido como o núcleo garantidor da própria dignidade da pessoa humana, deve ser preservado, ainda que mediante decisão judicial condenatória.²¹

O desequilíbrio na balança orçamentária, provocada pela ausência de receita capaz de suprir as despesas geradas, não pode ser aceito como um argumento válido para se afastar o direito à duração razoável no processo no caso concreto, haja vista ser dever do administrador a gestão responsável dos recursos disponíveis de modo a garantir o equilíbrio das contas públicas. Prevendo a ineficiência do serviço público no caso concreto, o poder constituinte originário normatizou a responsabilidade civil estatal pelos danos ocasionados, esteja o agente público atuando na função administrativa, legislativa ou judiciária.

Assim defende DELGADO (1983, p.265):

A demora na prestação jurisdicional cai no conceito de serviço público imperfeito. Quer que ela seja por indolência do juiz, quer que seja por o Estado não prover adequadamente o bom funcionamento da Justiça. E já foi visto que a doutrina assume a defesa da responsabilidade civil do Estado pela chamada falta anônima do serviço ou, em consequência, do não bem atuar dos seus agentes, mesmo que estes não pratiquem a omissão dolosamente.

Destarte, mesmo que se defenda a impossibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas direcionadas à concretização do princípio à duração razoável do processo no seu âmbito prestacional, a execução de um serviço público jurisdicional tardio, ocasionado pelo deficiente aparelhamento do Poder

direito fundamental invocado. Por fim, outros elementos devem participar do processo de ponderação, como o grau de essencialidade do direito fundamental em questão, as condições pessoais e financeiras dos envolvidos e eficácia da providência judicial almejada”.

²¹ Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º45: “ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º45/DF. Ministro Relator Celso de Mello. Julgamento: 29 abr. 2004. DJ 04 mai. 2004)

Judiciário, viola o mínimo existencial garantido a todos, por impedir o próprio acesso à justiça, dando ensejo à responsabilização do Estado pela prática defeituosa dos atos judiciais administrativos.

Ressalte-se que, com fulcro na Convenção Americana de Direitos Humanos (mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica), a qual, conforme mencionado em capítulo anterior, possui *status* de norma supralegal dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o Brasil fora condenado por Tribunal Internacional a ressarcir os danos suportados pelo jurisdicionado em decorrência da demora na prestação jurisdicional, ainda que ocasionados, não pela imperícia do magistrado atuante, mas pela insuficiência de recursos humanos e materiais disponíveis para garantir o efetivo tramite regular do feito.

A fim de exemplificar a força do referido diploma, importante se faz registrar que o Brasil fora condenado pela Corte Interamericana no caso envolvendo o falecimento de Damião Ximenes Lopes, doente mental morto por maus-tratos recebidos dentro das instalações da Casa de Repouso Guararapes, localizada no Município de Sobral, em decorrência, não apenas de falhas no procedimento investigatório, mas também pela demora do próprio processo indenizatório. Segue transcrita parte do referido *decisum* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005, p.19):

Por todo o exposto, a Comissão considera que fica evidente que, não foi a suposta complexidade do Caso devido ao suposto grande número de testemunhas, mas sim a conduta negligente e injustificada das autoridades estatais que levaram à demora no processo interno que apura a morte da vítima. Como demonstrado supra, as autoridades brasileiras tardaram-se em iniciar as investigações, realizar e inclusive comparecer a audiências, expedir intimações e cartas precatórias necessárias, impulsionar o processo através de meros despachos interlocutórios independentes de motivação, e deixaram o processo parado por meses sem nenhuma diligência ou decisão, entre outras talhas." A Comissão ressalta que o volume de trabalho na referida 3ª Vara da Comarca de Sobral não pode servir de justificativa para tamanha demora e lapsos de tempo de inércia estatal.

Por fim, a Comissão ressalta que a inexistência de uma sentença de primeira instância 6 anos após a morte violenta da vítima, e o atual estado da Ação Penal interna, ainda na fase instrutória, indicam claramente que os familiares da vítima encontram-se em situação de denegação de justiça por parte das autoridades estatais.

Por todas as razões anteriormente expostas, e diante das referidas faltas graves que evidenciam a falta da devida diligência na condução das investigações, a falta de efetividade dos recursos internos, e a falta de razoabilidade do prazo transcorrido no processo interno, a CIDH reafirma que o Estado brasileiro violou os artigos 8(1) e 25 em conjunto com o artigo 1(1), todos da Convenção Americana, em detrimento dos familiares da vítima no presente Caso.

É de se observar que o vultoso volume de trabalho existente na unidade jurisdicional em que tramitava o referido processo não fora aceito como justificativa para afastar a responsabilidade civil do Estado pela morosidade do Poder Judiciário, por ser dever do próprio País garantir a existência de recursos humanos e materiais adequados para a prestação do serviço público jurisdicional. A inexistência de legislação específica regulamentando o tema, portanto, não foi considerada como um obstáculo para a configuração do dever de indenizar estatal, haja vista o conceito jurídico indeterminado de tempo razoável ser passível de interpretação judicial, garantindo-se à parte, em decorrência da ineficiência do princípio à duração razoável do processo, o direito pelo menos de reclamar perdas e danos.

A principal preocupação que surge na aceitação da responsabilidade estatal por atos judiciais administrativos, não está apenas no aumento dos gastos públicos com a reparação dos danos causados pela prestação inadequada do serviço, o que é juridicamente aceitável em decorrência do princípio da socialização dos riscos, mas sim na possibilidade de ocorrência de um *efeito dominó*, em que uma demanda morosa dá ensejo a uma ação indenizatória, a qual igualmente pode tramitar em tempo irrazoável, ocasionando um aumento substancial do número de processos em trâmite no Poder Judiciário e, por conseguinte, um aumento na já elevada taxa de congestionamento.

Por força do que dispõe o inciso XXXV, do art.5º, da Constituição Federal de 1988, o poder constituinte originário garantiu a todos o direito a inafastabilidade da jurisdição nos casos de lesão ou ameaça de direito, ainda que o dano tenha sido causado pelo próprio Poder Judiciário, tornando a via judicial o último recurso capaz de garantir a efetividade de um direito fundamental diante das ações e omissões inconstitucionais danosas provocadas pelos agentes públicos. O processo judicial, portanto, é o instrumento capaz de obrigar o responsável pelo dano a ressarcir os prejuízos causados, ainda que a composição voluntária por vias administrativas ocorra.

Assim, cabe ao jurisdicionado lesado pela morosidade processual ajuizar outra demanda, cujo objeto consiste exatamente em questionar a falha na prestação do serviço público jurisdicional da ação anterior, ficando, infelizmente, este novo processo indenizatório submetido ao próprio Poder Judiciário, a quem se atribui responsabilidade pelo dano causado. Nesse sentido explana DELGADO (1983, p.269):

A realidade mostra que não é mais possível a sociedade suportar a morosidade da Justiça, quer pela ineficiência dos serviços forenses, quer pela indolência dos seus juizes. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação da Justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional. Outro caminho não tem o administrado, senão o de voltar-se contra o próprio Estado que lhe retardou a Justiça, e exigir-lhe reparação civil pelo dano, pouco importando que por tal via também enfrente idêntica dificuldade.

A edição de uma legislação específica regulamentadora, apesar de não ser óbice para a responsabilização estatal diante dos danos ocasionados em decorrência da prestação de atos judiciais administrativos, deve estabelecer um rito processual diferenciando para este tipo de demanda, seja prevendo um procedimento mais célere quando comparado ao ordinário ou mesmo modificando a competência para o seu conhecimento.

Consoante será mais a frente explanado, a Itália editou norma regulamentando o referido dever de indenizar, estabelecendo, por exemplo, um tempo geral de tramitação em cada instância, somente cabendo à parte questionar judicialmente a morosidade da demanda caso ultrapassado aquele período previamente determinado, medida esta utilizada exatamente para reduzir o número desses processos indenizatórios.

O aumento do gasto público com indenizações ou mesmo a ampliação do número de demandas ajuizadas perante o Poder Judiciário não pode servir de justificativa para afastar a responsabilidade estatal pelos danos ocasionados, esteja o agente exercendo uma função administrativa, executiva ou mesmo judiciária, pois a ineficácia do direito fundamental à duração razoável do processo no caso concreto gera ao responsável pela sua aplicação imediata e direta o dever de reparar os danos porventura causados.

4.3 Critérios para aferição da intempestividade da prestação jurisdicional e as cláusulas de barreira

Reconhecida a aplicação do dever de eficiência ao Poder Judiciário, necessário se faz estabelecer parâmetros para a sua aferição no caso concreto, a fim de se verificar o devido cumprimento da função social do processo, pois uma prestação jurisdicional célere, que desrespeita o direito ao contraditório é tão ineficiente quanto uma prestação jurisdicional danosa por ser intempestiva. Assim, o

tempo pode e dever ser utilizado como critério de análise da eficiência do sistema judicial, conforme defende ARRUDA (2006, p.127-128):

Uma eficiente administração da justiça deve ser, portanto, analisada necessariamente em termos de custo temporal dos procedimentos. Atrasos crônicos caracterizam certamente uma ineficiência do sistema judicial e, por consequência, o desrespeito ao princípio. É que a mensuração da eficiência dá-se em face dos objetivos a que se pretendeu alcançar. O fim do Judiciário é julgar os processos que lhe são apresentados na forma prescrita pela legislação. Os órgãos judiciais estarão a cumprir sua função quando realizarem esta atividade otimamente. Veja-se que não estamos aqui a entrar no mérito da bondade ou da adequação das decisões; referimo-nos tão somente ao dever de julgamento das ações que lhes são dirigidas. Assim, toda análise de eficiência da administração da justiça deve ser voltada a analisar o cumprimento dos fins que são a própria essência da instituição. Um Judiciário eficiente será o que julga. Perguntar-se-á então se as decisões são proferidas, como – e a que custo – são proferidas e, para o que nos interessa mais de perto, quando são proferidas.

Como última nota, neste tópico, é preciso que se faça ainda uma consideração. Muitos dos problemas e refrações relacionados à incorporação da eficiência no campo judicial prendem-se ao generalizado receio de que este princípio venha a sobrepor-se à restantes garantias processuais, passando a representar um valor autônomo. Embora a este problema nos reportemos recorrentemente, por ora é importante esclarecer que sob a perspectiva de uma correta aplicação do princípio da eficiência das atividades públicas, um tal paradoxo não chegará sequer a colocar-se. Com efeito, ante de verificarmos os meios despendidos para o alcance de um fim, é necessário que o fim seja alcançado. Assim, se os julgamentos são proferidos de maneira célere ou pouco dispendiosa, mas as garantias constitucionais da parte não são respeitadas, o sistema jurisdicional persistirá sendo ineficiente. É que o fim último do sistema judicial – aplicar o direito in concreto, mediante processo equitativo – não foi alcançado. Havendo um tal desvirtuamento dos próprios objetivos do sistema, a questão dos meios despendidos não poderá compensar o vício. A análise de eficiência pressupõe uma questão prévia: a realização da atividade. Se esta não foi prestada ou o foi invalidamente, não interessa os parcos meios despendidos ou o custo tempo demandado. Persistirá sendo ineficiente.

Apesar de o princípio da duração razoável do processo e o princípio da eficiência serem autônomos, quando se esta diante da prestação do serviço público jurisdicional, o elemento tempo os une. Todavia a imprecisão ou a ambiguidade de determinados conceitos constituem fatores determinantes para se aferir o devido cumprimento dos princípios mencionados no caso concreto, haja vista tais incertezas não poderem ser sanadas com a mera interpretação gramatical do texto legal.

Na qualidade de conceito jurídico indeterminado, a estrutura interna da expressão tempo razoável pode ser dividida em duas zonas, sendo a primeira chamada de zona de certeza ou núcleo e a segunda de zona de dúvida ou halo.²² A

²² Partindo dos ensinamentos de Phillip Heck, ENGISCH (2004, p.208/209) assevera que: “Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. [...] Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos

par da indeterminação do conceito em tela, em decorrência da falta de precisão voluntária ou involuntária do legislador, cabe ao aplicador da referida norma superar tal obstáculo, seja este o administrador ou mesmo o magistrado, preenchendo a expressão jurídica imprecisa. (GRAU, 1982, p.223-224)

Primeiramente, para fins de delimitação dos contornos do conceito jurídico indeterminado em estudo, “impõe-se o reconhecimento de que o razoável é o tempo necessário e suficiente à instrução processual e adequada solução judicial do conflito de interesses (lide) e concomitantemente capaz de assegurar efetividade à decisão e evitar danos”. (LIMA, 2011, p.97) Assim, deve-se compreender como tempo razoável aquele necessário para o amadurecimento da própria demanda, sem dilações indevidas e sem supressão dos direitos à ampla defesa e contraditório, afastando-se, respectivamente, às concepções de Judiciário sem prazo e de prestação jurisdicional célere.

Haja vista a ausência de legislação regulamentando quais seriam os critérios aferidores da razoabilidade do tempo processual, é possível se observar a existência de duas correntes doutrinárias quanto ao tema. Há quem defenda a existência de um direito subjetivo a um limite máximo de tramitação processual, baseando-se nos tempos dos atos estabelecidos pela lei para afastar a concepção ordinária de prazo impróprio. Assim se manifesta SPALDING (2005, p.23):

Parecer ser flagrantemente razoável exigir, tanto do Poder Judiciário como dos demais Poderes ao julgar pedido em procedimentos administrativos, que os mesmos cumpram os prazos estabelecidos no próprio ordenamento jurídico. Mesmo sendo tido pela doutrina como prazos impróprios, ou seja, que não admitem preclusão, é o mínimo que se exige para que a tutela seja considerada tempestiva.

Pensando dessa forma, para se saber qual o prazo razoável para a duração de um processo que tramitasse pelo rito ordinário, por exemplo, teríamos que somar os prazos de cada fase do procedimento, desde o seu ajuizamento até a prolação de sentença de primeiro grau [...] Assim sendo, o prazo razoável para o julgamento de um processo que tramite pelo procedimento comum ordinário seria, em princípio, de 131 dias.

Ainda que o descumprimento de um prazo impróprio legalmente estabelecido não seja capaz de gerar a preclusão temporal para o exercício do ato, em face desse estar devidamente previsto em uma norma válida, surge para o agente público competente o dever-poder de lhe garantir efetividade, buscando, dentro do possível, concretizá-lo. Ocorre que o tempo processual não pode ser

no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito. Que numa noite sem luar, pela vinte e quatro horas, nos espaços não iluminados, domina a escuridão na nossa latitude, é uma coisa clara; dúvidas fazem já surgir as horas do crepúsculo”.

estimado com base em uma tramitação ideal, haja vista os processos serem compostos de peculiaridades, impedindo uma aferição generalizada, pois, enquanto uma demanda chega a exigir a produção de prova pericial e testemunhal, por exemplo, uma outra pode ser julgada sem dilação probatória, por meio do julgamento antecipado da lide.

Ressalte-se ainda que o direito fundamental à duração razoável do processo possui hierarquia superior à legislação processual que regulamenta os prazos impróprios, dando ensejo ao questionamento da própria adequação das medidas estabelecidas pelo legislador infraconstitucional aos anseios sociais constitucionalmente positivados, pois o direito subjetivo garantido ao jurisdicionado é o do tempo razoável da demanda, o qual não pode ser confundido com a exigência de uma prestação jurisdicional rápida. O tempo ideal alcançado mediante o devido cumprimento dos prazos próprios e impróprios está inserido dentro da zona de certeza desse conceito jurídico indeterminado, devendo o aplicar voltar sua atenção para a zona de penumbra.

Dentro da concepção de direito subjetivo a um limite máximo de tramitação, há quem defenda a utilização do tempo médio como critério de aferição da razoabilidade, chegando HOFFMAN (2006, p.90-91) a afirmar que “a duração média de um processo no Brasil é de cinco anos, considerando-se que o caso seja tratado na 1ª instância, grau de apelo e cortes constitucionais”. Ocorre que, quando se está diante de um Judiciário mau aparelhado, o aumento da média de tramitação dos processos é uma consequência lógica da própria morosidade generalizada, impossibilitando a utilização desse critério para aferição do tempo razoável, haja vista a parte ter o direito à tramitação em tempo adequado independentemente do tempo corriqueiramente utilizado para solucionar casos semelhantes.

Haja vista a dificuldade de se fixar um tempo máximo de tramitação, a EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2013, p.50-55) tem levado em consideração quatro critérios para a aferição da duração razoável do processo caso a caso, quais sejam: a) a complexidade do litígio; b) a conduta pessoal do requerente; c) a conduta das autoridades atuantes; e d) o interesse jurídico em jogo. Para a jurisprudência nacional, o mau aparelhamento do Poder Judiciário acarreta a irresponsabilidade estatal ante a ausência de norma regulamentadora, todavia, para a referida Corte Europeia, cujo entendimento é seguido pela Corte Interamericana, a deficiência da máquina pública deve e pode ser imputada ao próprio Estado, quem

tem detêm os recursos e possui a competência de zelar pela boa prestação do serviço público jurisdicional

Nesse sentido explana ARRUDA (2006, p.310-311):

Neste ponto é necessário fazer alusão às tentativas de justificação de atrasos, que se baseiam em argumentos repetidamente utilizados pelos diversos governos. De um lado alega-se que já foram tomadas medidas importantes para tornar mais céleres os feitos e que os resultados nem sempre se obtêm a curto prazo. Diz-se também que o estrito cumprimento desse direito fundamental dos litigantes depende, principalmente, do dispêndio de recursos que o Estado não possui. Neste último caso, o argumento utilizado procura, por vias transversas, dar um caráter meramente programático aos dispositivos que asseguram o direito. Com frequência essas assertivas são desconsideradas pelos tribunais que, embora louvando o esforço do poder público, compreendem que o cumprimento de uma obrigação básica não pode ser tão facilmente escamoteado, apenas com fundamentos em genéricos protestos de dificuldade econômica e ausência de estrutura material.

Assim, problemas meramente estruturais como a falta de magistrados/servidores ou mesmo a sobrecarga de trabalho não devem, em regra, ser interpretados para isentar a responsabilidade estatal, ressalvados os casos em que o País passa por uma sobrecarga devido a um problema conjuntural excepcional como, por exemplo, o decorrente do estado de emergência e de calamidade pública, as quais não podem ser corriqueiras.²³

Apesar de tais critérios refletirem adequadamente a concepção de tempo razoável constitucionalmente previsto, pelo fato da aferição da tempestividade processual ser feita caso a caso, surge a preocupação da judicialização em massa desse tipo de demanda, em um verdadeiro *efeito dominó*, capaz de aumentar o volume de ações a serem apreciadas por um Judiciário já deficiente. A exigência de um melhor aparelhamento da máquina pública para prevenir esse tipo de demanda ou mesmo para tramitá-la em tempo também razoável, não pode servir de

²³ Assim dispõe a EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2013, p.53/54): “Since it is for the member States to organise their legal systems in such a way as to guarantee the right to obtain a judicial decision within a reasonable time, an excessive workload cannot be taken into consideration (Vocatur v. Italy, § 17; Cappello v. Italy, § 17). Nonetheless, a temporary backlog of business does not involve liability on the part of the State provided the latter has taken reasonably prompt remedial action to deal with an exceptional situation of this kind (Buchholz v. Germany, § 51). Methods which may be considered, as a provisional expedient, include choosing to deal with cases in a particular order, based not just on the date when they were brought but on their degree of urgency and importance and, in particular, on what is at stake for the persons concerned. However, if a state of affairs of this kind is prolonged and becomes a matter of structural organisation, such methods are no longer sufficient and the State must ensure the adoption of effective measures (Zimmermann and Steiner v. Switzerland, § 29; Guincho v. Portugal, § 40). The fact that such backlog situations have become commonplace does not justify the excessive length of proceedings (Unión Alimentaria Sanders S.A. v. Spain, § 40)”.

justificativa para se negar um direito fundamental constitucionalmente estabelecido, isentando de responsabilidade o causador do dano.

Assim, faz-se necessária a criação também das chamadas cláusulas de barreira, as quais possuem a função de impedir que qualquer demanda dê ensejo ao ajuizamento de uma ação indenizatória correspondente. Cabe, portanto, ao legislador, na qualidade de representante do povo, estabelecer prazos mínimos de razoabilidade, conforme os anseios sociais, os quais provavelmente serão fixados entre o tempo legal do processo (ideal) e o tempo médio que as demandas costumam demorar. Assim, tramitar por tempo superior ao definido passaria a ser entendido como um pressuposto para este tipo de demanda, as quais, após formalmente recebidas, passariam a analisar os critérios de razoabilidade acima mencionados.

A positivação de cláusulas de barreira consiste em um mecanismo já utilizado em outras temáticas, cuja constitucionalidade é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no caso de concurso público, para fins de eliminação dos candidatos que, mesmo atingindo a nota mínima, estão em posição muito desfavorável dentro da tabela classificatória, haja vista a fundamentação do critério objetivo utilizado (a meritocracia pela escolha dos melhores) ser absolutamente adequada aos propósitos constitucionais.²⁴ No caso em apreço a fundamentação para o estabelecimento deste critério objetivo recai na própria concepção social do que se deve compreender como tempo razoável para fins de efetivação deste direito fundamental, cuja zona de certeza pode ser expressamente estabelecida, deixando-se a zona de penumbra para ser decida com base nos critérios específicos de análise casuística.

A legislação específica viria assim, não para garantir a efetividade do direito à duração razoável do processo através da responsabilização civil estatal pela prestação jurisdicional intempestiva, mas sim para regulamentar esse tipo de ação indenizatória, podendo estabelecer, por exemplo, tais normas de afunilamento, a fim

²⁴ O Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário n.º635739, o qual fora atribuído os efeitos da repercussão geral, assim decidiu: “Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. 2. Concurso Público. Edital. Cláusulas de Barreira. Alegação de violação aos arts. 5º, caput, e 37, inciso I, da Constituição Federal. 3. Regras restritivas em editais de concurso público, quando fundadas em critérios objetivos relacionados ao desempenho meritório do candidato, não ferem o princípio da isonomia. 4. As cláusulas de barreira em concurso público, para seleção dos candidatos mais bem classificados, têm amparo constitucional. 5. Recurso extraordinário provido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º635.739/AL. Órgão julgador: Tribunal do Pleno. Julgamento 19 fev. 2014. Publicação 03 out. 2014).

de impedir a ocorrência do referido *efeito dominó*.

4.4 Do Mandado de Injunção n.º715/2005

Como se sabe, o mandado de injunção consiste em remédio constitucional estabelecido no art.5º, inciso LXXI, da Constituição Federal de 1988, utilizado “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Apesar de inexistir regramento específico, dispendo sobre o tema, MARINONI (2014, p.68-74) arrola em 5(cinco) os pressupostos de concessão desta ação constitucional: 1) a existência de um dever de legislar expressamente ordenado em norma constitucional; 2) a mora do legislador em editar o mencionado regramento; 3) a falta de norma necessária a dar regulação ao precedente constitucional; 4) a inexistência de norma autoaplicável; 5) a inexistência de regramento recepcionado pela Constituição ou edição superveniente deste.

Com relação à ineficiência do princípio da duração razoável do processo, João Bosco Maciel Júnior impetrou mandado de injunção, o qual tramitou originalmente no Supremo Tribunal Federal sob o nº715/2005, em face do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e da União, cuja causa de pedir consistia exatamente na omissão inconstitucional dos Demandados em editar norma específica regulamentando o referido direito. Ocorre que, antes mesmo de analisar o mérito da mencionada demanda, o Ministro Relator Celso de Mello, proferiu decisão interlocutória, não conhecendo desta ação constitucional, “por não se achar (ainda) caracterizado o estado de mora legislativa do Congresso Nacional”, haja vista a data de inclusão da norma pela Emenda Constitucional n.º45/2015 e a data do ajuizamento da demanda.²⁵

²⁵ Segue abaixo a ementa da referida decisão monocrática: “MANDADO DE INJUNÇÃO. ALEGAÇÃO (INCONSISTENTE) DE INÉRCIA DA UNIÃO FEDERAL NA REGULAÇÃO NORMATIVA DO DIREITO À CELERIDADE NO JULGAMENTO DOS PROCESSOS, SEM INDEVIDAS DILAÇÕES (CF, ART. 5º, INCISO LXXVIII). EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DO MANDADO DE INJUNÇÃO (RTJ 131/963 – RTJ 186/20-21). DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO/DEVER ESTATAL DE LEGISLAR (RTJ 183/818-819). NECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE MORA LEGISLATIVA (RTJ 180/442). CRITÉRIO DE CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE INÉRCIA LEGIFERANTE: SUPERAÇÃO EXCESSIVA DE PRAZO RAZOÁVEL (RTJ 158/375). SITUAÇÃO INOCORRENTE NO CASO EM EXAME. AUSÊNCIA DE “INERTIA AGENDI VEL DELIBERANDI” DO CONGRESSO NACIONAL. “PACTO DE ESTADO EM FAVOR DE UM PODER JUDICIÁRIO MAIS RÁPIDO E REPUBLICANO”. O DIREITO INDIVIDUAL DO CIDADÃO

Quanto à existência de um dever de legislar, pode-se partir de duas premissas válidas. Caso se defenda a aplicabilidade plena e direta dos direitos fundamentais, com fulcro no §1º, do art.5º, da Constituição Federal de 1988, não há que se falar em dever de legislar, haja vista o direito fundamental à duração razoável do processo ser compreendido como uma norma autoaplicável, sem necessidade de regramento específico para ser exigível no caso concreto, tornando incabível o mandado de injunção.

Todavia, seja tal direito fundamental compreendido como um mandado de otimização ou mesmo como uma norma programática, sem normatividade suficiente para ser plenamente aplicada, surge para o Legislativo a obrigação de fazer consistente em editar o regramento faltante, haja vista ser dever-poder de todos os três Poderes reconhecer a maior eficácia possível às normas constitucionais, tornando cabível a interposição de mandado de injunção em caso de omissão.

Em face do novo constitucionalismo, interpretar que o legislador é o único capaz de dar efetividade ao referido direito fundamental, por meio da edição de um regramento específico, o qual não possui qualquer dever de assim fazer, é isentar o agente público quanto ao descumprimento de sua competência, tornando-o maior que o próprio texto constitucional que o legitima. O fato de o legislador ser eleito pelo povo não lhe dar a liberdade de agir fora dos ditames legais, pois são os direitos e princípios fundamentais que regem e governam o ordenamento jurídico brasileiro ao atribuir ao Estado o dever de efetivá-los.

Mesmo se reconhecendo a existência de um direito público subjetivo à legislação, o não conhecimento do mandado de injunção em análise se deu pela inexistência da mora, pois o Supremo Tribunal Federal entendeu que o direito fundamental à duração razoável do processo somente se tornou vinculante ao Estado a partir de janeiro de 2005, através da edição da Emenda Constitucional n.º45, tendo os trabalhos legislativos se iniciado apenas em fevereiro do mesmo ano, mês em que fora impetrado o referido remédio constitucional.

Data máxima vênia, o direito subjetivo à prestação jurisdicional tempestiva

é decorrente do próprio direito fundamental ao acesso à justiça, expressamente garantido pelo poder constituinte originário, pois, conforme anteriormente explanado, não basta a prolação de uma decisão coadunante com os ditames legais para que o processo judicial atinja o seu papel social, sendo igualmente necessário que tal serviço público seja prestado a tempo de tornar-se útil.

Assim, a mora do legislado iniciou-se com a própria promulgação da Constituição Federal de 1988, razão pela qual o referido mandado de injunção deveria ter sido conhecido. De qualquer forma, passada mais de uma década da positivação autônoma do direito fundamental à duração razoável do processo, ainda não fora editado o tal regramento específico capaz de lhe garantir efetividade, viabilizando atualmente a impetração deste remédio constitucional por omissão legislativa inconstitucional.

Ressalte-se, por fim, que fora proposto na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º7.599/2006, o qual “dispõe sobre a indenização devida pela prestação jurisdicional em prazo não razoável”. Ocorre que o referido regramento fora arquivado já no ano de 2008 por incompatibilidade e inadequação financeira e orçamentária, nunca chegando a ter validade dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, é de se concluir que o mero encaminhamento do referido projeto de lei não pode servir para descaracterizar a mora do legislador, já que este nunca chegou a dar efetividade ao direito fundamental em questão, não podendo servir de empecilho para o conhecimento de outro mandado de injunção a ser impetrado no mesmo sentido, haja vista estar inclusive arquivado.²⁶ Nesse sentido, defende

²⁶ Nos autos do Mandado de Injunção n.º361, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a aferição da mora do legislador deve ser feita em cada caso e que, “vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidencia da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º361/RJ. Julgamento: 08 abr.1994. Publicação: 17 jun. 1994). A mesma argumentação fora utilizada pela Corte Suprema no conhecimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º3682/MT, pois “apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inercia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º3682/MT. Julgamento: 09 mai. 2007. Publicação: 06 set. 2007). Todavia, no Mandado de Injunção n.º641/DF, entendeu-se pela perda do objeto do referido remédio constitucional, pois, “tendo o Presidente da República enviado ao Congresso Nacional projeto de lei acerca da revisão geral de remuneração dos servidores da União, medida pleiteada no writ, evidente

MARINONNI (2014, p.71) que:

La remisión del proyecto de ley no constituye coartada del deudor de la norma. Solamente tiene el efecto se exonerarlo de la culpa cuando no existe otro elemento que indique la demora en legislar, como la demora excesiva de las Cámaras legislativas para deliberar y aprobar la norma.

4.5 Da *Legge Pinto* e o Projeto de Lei n.º7.599/2006

Conforme explanado no capítulo segundo deste trabalho, o princípio da duração razoável do processo encontra-se positivado também em âmbito supranacional, destacando-se nesse sentido a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais) datada de 1950, a qual, por ser adotada pelo Conselho da Europa, organização internacional atualmente composta por 47 (quarenta e sete) países, propagou em âmbito internacional a ideia de direito subjetivo à razoabilidade temporal do processo.

Conforme registrado pela Corte Europeia de Direitos Humanos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2015, p.3-5), do total de processo envolvendo violação a direitos humanos que ali tramitaram durante o ano de 1958 até o ano de 2014, a Itália ficou em segundo lugar com relação a quantidade de demandas, das quais 42% (quarenta e dois por cento) tem como objeto suposta violação ao art.6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, alegando, em suma, injustiça ou lentidão no julgamento. Assim narra JOBIM (2012, p.181):

Ora, pode-se imaginar o caos que esses processos trouxeram à Corte Europeia, que acabou por sobrecarregar e atrasar seus julgamentos pelas constantes reclamações dos jurisdicionados italianos. Diante da pressão exercida pela Corte frente ao Governo da Itália, esse se viu obrigado a legislar, modificando sua Constituição para constar o processo tempestivo no art.111 e aprovar, às pressas, uma lei que trouxesse a possibilidade de os jurisdicionados receberem uma indenização do Estado pela intempestividade processual, processo este que deveria ser julgado em território italiano, retirando esta carga de lesados de procurar a Corte Europeia.

Em resposta, a Itália editou a norma chamada de *Legge Pinto*, aprovada em 24 de março de 2001, a qual regulamentou a responsabilidade civil estatal pelos danos materiais e morais causados pela duração irrazoável do processo. Após substanciais alterações trazida pelo Decreto-Lei n.º 83, de 22 de junho de 2012,

o esvaziamento da impetração, que resta prejudicada.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Injunção n.º 641/DF. Julgamento: 20 fev. 2002. Publicação: 05 abr. 2002)

editado para aprimorar o referido regramento, restou fixado, dentre outros pontos, o parâmetro de razoabilidade (três anos para o primeiro grau, dois anos para o segundo grau e um ano para o juízo de legitimidade e constitucionalidade), o *quantum* indenizatório (entre 500 e 1500 euros limitado ao valor da causa), o prazo decadencial (6 meses após a decisão definitiva) e até o prazo de duração da própria demanda reparatória (4 meses).

Esclareça-se que o objetivo da edição da referida lei não foi solucionar o problema da morosidade do Judiciário, mas sim atingir os efeitos danosos trazidos pela duração irrazoada do processo, possibilitando que o jurisdicionado de alguma forma prejudicado seja devidamente indenizado. Conforme defende Crisafulli (2009, p.111), apesar de a Lei Pinto não resolver o problema estrutural de atraso excessivo no sistema judicial italiano, esta introduziu um remédio doméstico para reparar os danos causados pela ineficiência, prevenindo reclamações junto às cortes supranacionais.

No Brasil, o Projeto de Lei n.º7.599/2006 fora proposto para regulamentar o dever de indenizar estatal decorrente dos danos causados pela morosidade do judiciário nacional. Apesar de estar atualmente na situação de arquivado por incompatibilidade e inadequação financeira e orçamentária, importante se faz analisar cada um dos seus oito artigos, haja vista ser o primeiro regramento proposto nesse sentido. O artigo primeiro do referido projeto de lei assim dispõe:

Art. 1º O Poder Público indenizará os vencedores das ações judiciais, nas quais a prestação jurisdicional, e a conseqüente satisfação de direitos dos vencedores, tenha excedido razoável duração, fixada em lei com fundamento no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal

Primeiro ponto a ser ressaltado é que tal dispositivo legal restringe o direito indenizatório apenas aos vencedores da ação principal, apesar de o direito à duração razoável do processo ser de titularidade de ambas as partes que ali atuam, seja autor ou réu, vencedor ou sucumbente. Tal restrição impediria, por exemplo, que a parte vencida requeresse indenização pelos danos materiais sofridos em decorrência do pagamento de juros moratório calculado contando o período de mora do Judiciário.

Não há como se negar a responsabilidade da parte perdedora pelo período que o credor ficou privado do uso de seu capital, estando abrangido nesse o próprio tempo processual, o qual é utilizado como fator de cálculo do juro de mora.

Ocorre que atualmente, se o processo tramitou por período superior ao razoável por culpa não imputável a qualquer uma das partes, o Estado não é responsabilizado por tal demora, arcando a parte perdedora sozinha pelo tempo processual intempestivo. Assim, limitar o dever indenizatório apenas com relação à parte vencedora é simplesmente fazer “meia justiça”.

Ademais, ao contrário da legislação italiana, a qual permite se questionar a razoabilidade do tempo processual ainda com a ação principal em trâmite, por força desse dispositivo, o ajuizamento de tal ação indenizatória fica condicionada à “satisfação do direito do vencedor”. Ocorre que, por vezes, a parte vencida não possui bens para satisfazer o título executivo judicial executado, surgindo o questionamento se o vencedor possuiria neste caso o direito de ser ressarcido ao menos dos danos sofridos pela prestação do serviço público caso inadequado.

Assim, com relação à identificação das fontes de custeio, dispõe o art.2º e 3º pela criação do Fundo de Garantia da Prestação Jurisdicional Tempestiva – FUNJUR, o qual vincula, dentre outros, os recursos recolhidos através de custas e taxas judiciárias, estabelecendo ainda o art.4º o dever do vencido de recolher, ao final da demanda, o equivalente ao percentual de 15% (quinze por cento) do somatório pago a título de despesas processuais e honorários advocatícios, valor este cobrado de toda parte vencida em qualquer ação judicial. Novamente se observar a diferenciação de tratamento dada entre a parte vencida e vencedora, apesar de ambas serem titulares do mesmo direito fundamental.

De acordo com o art.5º do Projeto, tais ações indenizatórias possuem seu conteúdo econômico limitado a vinte por cento do valor da causa. Ocorre que o valor da causa por vezes não reflete a importância do direito subjetivo violado, podendo-se limitar o valor indenizatório em quantias, por vezes, irrisórias, conforme bem argumenta JOBIM (2012, p.215):

Pois bem, o que causa mais dano, uma cobrança de nota promissória de milhões de reais entre duas partes onde o valor da causa tomará proporções astronômicas ou a investigação de paternidade onde o filho busca a verdadeira identidade de seu pai, tendo a causa o valor ínfimo de alçada?

No primeiro caso, caso comprovado o dano da parte, sua indenização contra o Estado pela intempestividade processual será desproporcional em relação à indenização concedida ao filho em busca de sua identidade. O projeto premia somente o processo intempestivo com valor monetário alto, mas não o valor sentimental, o sociológico, filosófico, histórico, ou qualquer que seja o direito posto em litígio. Na verdade, a injustiça é demais se a lei for aprovada com esta redação, tirando daqueles que realmente possuem dano e concedendo àqueles que pouco dano tem.

O art.6º do Projeto determina expressamente que o Estado responda de forma objetiva pela prestação do serviço público jurisdicional, superando a alegação de aplicação da responsabilidade subjetiva pela *faute du service* defendida por alguns doutrinadores, conforme mencionado no capítulo anterior. Por sua vez, o art.7º estabelece que “o órgão colegiado responsável pela gestão do Fundo contará com a participação de representantes dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, bem assim da Ordem dos Advogados do Brasil”, tornando democrática a gestão de tais recursos. Por fim, dispõe o art.8º que a referida lei entra em vigor no primeiro dia do exercício financeiro imediatamente subsequente à data de sua publicação oficial, o que pode variar substancialmente a depender de quando essa for publicada.

Analisando o referido regramento, pode-se concluir que: 1) esse é omissivo com relação à criação de critérios para a aferição do tempo razoável processual; 2) é defeituoso por não estabelecer um rito mais simplificado para este tipo de demanda, as quais correm o risco de ser tão morosas quanto à demanda principal que lhe deu causa; 3) é falho por não prever parâmetro de razoabilidade por instância (cláusulas de barreira), mecanismo capaz de impedir o chamado *efeito dominó*; e 4) é injusto por tratar as partes de forma desigual, haja vista serem ambas titulares de tal direito fundamental.

4.6 A reparação civil pela morosidade do judiciário dentro do Novo CPC

A Lei n.º13.105, de 16 de março de 2015, conhecido por Novo Código de Processo Civil, estabelece em seu art.4º, como norma fundamental processual, que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, positivando em nível infraconstitucional um direito já estabelecido constitucionalmente. Tal dispositivo legal merece destaque por fazer menção expressa ao direito fundamental à tutela executiva, ao garantir que o tempo razoável do processo não se limita ao processo de conhecimento, abarcando também a fase satisfativa do *decisum* albergado pela coisa julgada.

Tal regramento constitui um reflexo da preocupação do legislador com os altos índices de congestionamento envolvendo processos na fase de execução, haja vista 51% (cinquenta e um por cento) dos 70,8 (setenta vírgula oito) milhões de

processos que atualmente compõem o acervo do Judiciário estarem nessa fase processual (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p.43), pois de nada adianta se reconhecer a existência de uma lesão ou ameaça de direito, se o Estado não é capaz de efetivamente repará-lo ou protegê-lo.

Ademais, restou positivado no art.6º deste diploma que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, estabelecendo expressamente, de forma inédita, a responsabilidade não apenas do magistrado, mas também de todos que atuam no feito, pelo tempo processual. Assim, reforça-se a concepção de relação jurídica processual ao se aproximar autor, réu e juiz na persecução de uma prestação jurisdicional eficiente, cuja necessária atuação conjunta se evidencia no texto do art.357, §3º, deste novo código, ao prever que, “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

A fim de garantir a boa-fé processual, restou estabelecido no art.77, a possibilidade de aplicação de multa à parte que praticar ato atentatório à dignidade da justiça, sem prejuízo das sanções criminais, civil e processuais cabíveis, sob o montante de até vinte por cento do valor da causa. O referido instituto não se confunde com a condenação em litigância de má-fé e com a indenização por perdas e danos, institutos previstos igualmente no Novo Código, dispondo expressamente o art.81 o que se segue:

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

É de se observar que a aplicação da multa processual por litigância de má-fé, cujo teto saiu de 1% para 10% do valor da causa ou 10 salários-mínimos nos casos de valor irrisório ou inestimável, não impede que a parte lesada requeira, dentro dos próprios autos, indenização pelos prejuízos que sofreu, cujo valor será fixado, sem que haja qualquer limite, pelo magistrado logo na sentença ou após mediante liquidação, por força do que dispõe o §3º do mencionado artigo. Ressalte-se que, apesar de a aplicação da multa por litigância de má-fé ocorrer independente

de requerimento ou mesmo de comprovação do dano,²⁷ o mesmo não ocorre com a indenização por perdas e danos, a qual deve ser expressamente solicitada pela parte ofendida, a quem detêm o ônus da prova.

Ademais, conforme estabelece o art.2º c/c com o art.139, inciso II, o impulso oficial é de competência do magistrado, quem possui o dever-poder de velar pela duração razoável do processo, cuja responsabilidade pessoal encontra-se positivada no art.143 do mesmo diploma:

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

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

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

Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias.

Assim, caso reste demonstrado o dolo ou a culpa do referido agente público pela prestação do serviço público jurisdicional deficiente, esse poderá ser acionado pessoalmente de forma regressiva pelo Estado, a fim de ressarcir o patrimônio público pelo que fora gasto na reparação dos danos suportados por terceiro. O novo diploma inova com relação ao anterior ao estabelecer expressamente que a indenização pessoal do juiz será sempre regressiva, devendo a parte ofendida interpor ação reparatória em face do próprio Estado e nunca diretamente em face do magistrado, pois enquanto se aplica àquele a responsabilidade objetiva, este responde apenas mediante comprovação de elemento subjetivo.

Perdeu-se, com a aprovação do Novo CPC, a oportunidade de se regulamentar a responsabilidade civil do Estado pelos demais atos judiciais, garantindo o direito reparatório daquele jurisdicionado que fora lesado pela duração irrazoada do processo, cuja responsabilidade não pode ser atribuída à parte adversa

²⁷ Nesse sentido se manifestou o Superior Tribunal de Justiça nos autos dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º1133262: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ARTIGO 18, CAPUT E § 2º, DO CPC. NATUREZA REPARATÓRIA. PROVA DO PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. 1. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a indenização prevista no art. 18, caput e § 2º, do códex processual tem caráter reparatório (ou indenizatório), decorrendo de um ato ilícito processual. Precedente da Corte Especial, julgado pelo rito do artigo 543-C do CPC. 2. É desnecessária a comprovação do prejuízo para que haja condenação ao pagamento da indenização prevista no artigo 18, caput e § 2º, do Código de Processo Civil, decorrente da litigância de má-fé. 3. Embargos de divergência conhecidos e providos." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º1133262/ES. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: Corte Especial. Julgamento: 03 jun. 2015. Publicação: 04 ago. 2015).

ou mesmo ao magistrado, por ser decorrente unicamente do mau aparelhamento da máquina pública. Apesar de se defender neste trabalho a desnecessidade de regramento específico para se garantir tal direito reparatório, a posituação dessa legislação viria para modificar o entendimento dominante da jurisprudência nacional, permitindo que o jurisdicionado não seja mais obrigado a procurar as cortes internacionais para ver cumprido o seu direito subjetivo.

5 CONCLUSÃO

01. Não há como se olvidar a importância do tempo para as relações humanas nos seus mais diversos âmbitos de ocorrência, por ser o homem um simples objeto desse elemento inexorável, o qual é capaz de gerar a irreversibilidade das coisas. A prestação jurisdicional, como não poderia ser diferente, está atrelada ao decurso temporal inerente ao próprio processo, por ser este compreendido como uma sequência ordenada de atos para a persecução de um fim específico.

02. Haja vista a vedação da autocomposição, o Estado, como detentor do *jus puniendi*, possui o dever poder de garantir a justiça social através do acesso ao Judiciário, que exerce, em regime de monopólio, o serviço público jurisdicional com a finalidade de reparar e proteger direitos. Assim, o tempo processual passa a ser interpretado como critério de aferição da própria eficiência desse Poder na persecução da função social que lhe fora atribuída.

03 Conforme explanado neste trabalho, o direito à duração razoável do processo não é uma novidade para o ordenamento jurídico nacional ou mesmo internacional, estando a problemática do tema atrelada à efetividade desse. As altas taxas de congestionamento generalizadas denunciam o mau aparelhamento da máquina pública, cujos recursos (humanos, materiais e tecnológicos) se mostram ineficientes, sejam por insuficiência ou má gestão, para suprir a demanda social.

04. Na qualidade de direito fundamental positivado na Constituição Federal mediante uma norma princípio, surge para os três Poderes, em meio ao neoconstitucionalismo, o dever poder de concretizá-lo, fazendo uso típica e atipicamente das funções administrativas, legislativas e judiciárias que lhes são inerentes. A responsabilidade civil estatal pelos danos decorrentes da prestação do serviço público jurisdicional é uma realidade constitucionalmente estabelecida como forma de superação das antigas concepções absolutistas e teocráticas.

05. Por ser uma norma híbrida, exigindo tanto ações positivas (direito prestacional) quanto ações negativas (direito de defesa) para efetivá-lo, o direito à duração razoável do processo possui como titular as próprias partes da demanda e como destinatário principal, haja vista ser dever de todos zelar pelo *due process of law*, o Estado.

06. Assim, caso o Estado-parte atue de forma protelatória, esse é condenado a pagar uma multa processual pela litigância de má-fé, bem como a

reparar os danos porventura causados à parte adversa mediante demanda indenizatória que, na nova legislação processual, tramitará dentro dos próprios autos da ação principal. Por sua vez, caso a morosidade do Judiciário seja atribuível ao Estado-juiz, por reter esse de forma dolosa ou culposa a tramitação processual sem justo motivo, cabe ao jurisdicionado ajuizar ação reparatória, respondendo pessoalmente tal agente público de forma regressiva.

07. Da mesma forma, caso a duração irrazoável do processo ocorra pelo mau aparelhamento do serviço público jurisdicional, problemática imputável somente ao Estado, por ser este o detentor dos recursos públicos e o competente para gerir os gastos administrativos, possui a parte lesada o direito subjetivo de ser reparada pelo dano suportado. Ressalte-se que a judicialização ora defendida não está atrelada à função jurisdicional em si, mas sim à função administrativa (gestão) exercida atipicamente pelo Poder Judiciário, cuja obediência ao art.37, §6º, da Constituição Federal é inconteste.

08. Ocorre que, atualmente, os tribunais nacionais têm se posicionado pela adoção da teoria da irresponsabilidade estatal em face da atividade judicial caso ausente previsão expressa no sentido oposto. Assim, o jurisdicionado lesado pela intempestividade processual somente possui o direito de ser reparado pelos danos sofridos nas hipóteses em que tal irrazoabilidade temporal tenha ocorrido por culpa da parte adversa ou mesmo por desídia do magistrado atuante no feito, não sendo infelizmente reconhecido o mesmo direito quando o fator responsável pela morosidade está na própria ausência de estrutura adequada do Judiciário.

09. Diante de tal cenário, havendo dano a ser reparado, a parte lesada é obrigada a procurar os tribunais internacionais para ter reconhecido o seu direito de reclamar perdas e danos. O que mais chama a atenção nessa situação é o fato das condenações suportadas pelo Brasil estarem fundamentadas em um tratado internacional (Pacto de São José da Costa Rica) já incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* inclusive supralegal.

10. Apesar de o tempo razoável poder ser compreendido como um conceito jurídico indeterminado, a ausência de critérios legais para a distinção precisa do que se enquadraria na zona de certeza negativa com o que se encontra apenas na zona de penumbra, não pode servir de obstáculo para a judicialização do tema, haja vista o já reconhecido papel criador do magistrado.

11. Ainda que se questione a possibilidade de controle jurisdicional das

políticas públicas direcionadas à concretização do princípio da duração razoável do processo no seu âmbito prestacional, a execução de um serviço público jurisdicional tardio, ocasionado pelo deficiente aparelhamento do Poder Judiciário, viola o mínimo existencial garantido a todos, por impedir o próprio acesso à justiça, dando ensejo à responsabilização do Estado pela prática defeituosa dos atos judiciais administrativos de gestão, cuja judicialidade não levanta maiores questionamentos.

12. Nesse sentido, tanto a Corte Europeia quanto a Corte Interamericana de Direitos humanos têm condenado os estados signatários na reparação pelos danos decorrentes da intempestividade processual, fazendo uso de critérios desenvolvidos pela própria jurisprudência dessas cortes. Assim, analisando a complexidade do litígio, a conduta da parte interessada, a atuação das autoridades envolvidas e o interesse jurídico em questão, é possível se aferir a razoabilidade temporal do processo para fins indenizatórios.

13. As preocupações que surgem em decorrência da responsabilidade civil do Estado pelo inadequado aparelhamento do serviço público jurisdicional recaem no aumento do gasto público com esse tipo de demanda reparatória, bem como na possível elevação desastrosa das demandas que serão ajuizadas nesse sentido perante um Judiciário já ineficiente.

14. Com a adoção da teoria do risco, a socialização dos encargos públicos apresenta-se como a medida contraposta, sendo dever do gestor administrativo, esteja esse localizado em qualquer dos Poderes, garantir o equilíbrio das contas públicas, não se podendo aplicar a teoria da reserva do financeiramente possível em detrimento da concretização do mínimo existencial, aqui compreendido como o próprio acesso à justiça eficiente.

15. Ademais, apesar de o aumento de novas demandas ser uma consequência lógica, tal argumentação não pode servir para afastar o direito subjetivo da parte lesada de reclamar perdas e danos em face do descumprimento de um direito fundamental. A edição de uma legislação específica regulamentadora, apesar de não ser óbice para a responsabilização estatal diante dos danos ocasionados em decorrência da prestação de atos judiciais administrativos, deve estabelecer um rito processual diferenciando para este tipo de demanda, seja prevendo um procedimento mais célere quando comparado ao ordinário ou mesmo modificando a competência para o seu conhecimento.

16. É possível inclusive, através da edição de tal regramento, a criação de

cláusulas de barreira, cuja função primordial seria impedir que qualquer demanda dê ensejo ao ajuizamento de uma ação indenizatória correspondente. Cabe, portanto, ao legislador, na qualidade de representante do povo, estabelecer prazos mínimos de razoabilidade, conforme os anseios sociais, os quais provavelmente serão fixados entre o tempo legal do processo (ideal) e o tempo médio que as demandas costumam demorar.

17. Assim, tramitar por tempo superior ao definido passaria a ser entendido como um pressuposto para este tipo de demanda, as quais, após formalmente recebidas, teriam na análise meritória a aferição no caso concreto dos critérios de razoabilidade anteriormente mencionados ou outros porventura estipulados.

18. Assim, conclui-se através do presente trabalho que o Estado não pode ser isentado dos danos oriundos do mau aparelhamento do serviço público nacional, haja vista a previsão constitucional do direito à duração razoável do processo e da aplicabilidade da eficiência ao Poder Judiciário. Assim, a responsabilização civil estatal pela intempestividade processual é medida que se impõe ao permitir que o jurisdicionado lesado pela não concretização de seu direito fundamental possa reclamar perdas e danos ao responsável.

19. Por fim, acrescente-se ainda que tal entendimento não se propõe a solucionar a morosidade processual, a qual depende indubitavelmente da adoção de políticas públicas assim direcionadas, devendo-se interpretar a responsabilização estatal nesses casos como uma medida paliativa, enquanto o direito à duração razoável do processo não se concretiza, possibilitando que o jurisdicionado de alguma forma prejudicado seja devidamente indenizado.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. 2ª trgm. São Paulo:Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. **Física**. Trad: Guillermo R. de Echandía.Madrid: Editorial Gredos, 1995.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

_____. O direito fundamental à razoável duração do processo. *In: Comentários à Constituição do Brasil*. Org J.J Gomes Canotilho et al. São Paulo/Almedina, 2013.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador, n.4, out/nov./dez, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**. 2ªed. Editora: JusPodivm, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de Providência n.º0005710-11.2012.2.00.0000**. Distribuído em 13 set. 2012. Disponível em: <www.cnj.jus.br> . Acessado em: 04 fev 2016.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. **Acordo pioneiro entre OAB e MEC fecha balcão dos cursos de Direito**. 2013. Disponível em: <www.oab.org.br>. Acessado em: 04 fev 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CARRAZZA, Roque Antônio. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. *In: Justitia*, São Paulo, 55 (163), jul/set, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Luis Fernando de Lima. **As funções da responsabilidade civil. As indenizações pecuniárias e a adoção de outros meios reparatórios**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1957.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números (data base 2014)**. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: < www.cnj.jus.br>. Acessado em: 27 dez 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso 12.237**. Damião Ximenes Lopes X Brasil. Washington D.C, 2005. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/ximenes/agescidh.pdf>>. Acessado em: 11 jan. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.64, 1969, p.73-102.

CRISAFULLI, Francesco. The italian experience. *In: Reforming the European Convention on Human Rights: a work in process*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2009, p.105-111.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro/São Paulo/ Recife: Renovar, 2005.

DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jul/set 1983, p.259-270.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. Volume 3. 12ªed. Salvador: Juspodivm, 2014.

ENGISCH, Karl. **A introdução ao pensamento jurídico**. [trad] J. Baptista Machado. 9ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Overview 1959-2014**. Strasbourg: Public Relations Unit, 2015. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acessado em: 27 dez 2015.

_____. **Practical guide to article 6 – civil limb**. Strasbourg: Public Relations Unit, 2013 Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acessado em: 03 fev. 2016.

FACHADA, Pedro; FIGUEIREDO FILHO, Luiz Fernando; LUNDBERG, Eduardo. **Sistema Judicial e Mercado de Crédito no Brasil**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANCO, Alberto Silva. O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização. *In: La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidade, 2001.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. *In: Interpretação Constitucional*. (Org.) Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2010, p.317-356.

GABURRI, Fernando. **Indenização de danos por atividade perigosas lícitas**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. sem título. *In: Comentários à Constituição do Brasil*. (Coord.) J.J. Gomes Canotilho [et al.]. São Paulo:Saraiva/Almedina, 2013, p.904-917.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 14ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Os conceitos jurídicos e a doutrina real do direito. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.77, 1982, p.221-234.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales sociales y la responsabilidad del estado por omisión. *In: Globalización, Equidad, Inclusión Social, Medio Ambiente Y Derecho Administrativo*. Trabajos li Congreso Redoeda, Santa Fe, Argentina, 2012. Disponível em: <<http://www.fhuc.unl.edu.ar/pdi/wp-content/uploads/2013/04/PANEL-II.pdf>>. Acessado em: 24 dez 2015.

HERMAN, Susan N. **The right to a speedy and public trial: a reference guide to the United States Constitution**. WestPort: Praeger Publishers, 2006.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável Duração do Processo**. São Paulo: Editora Quartier, 2006.

JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

KANT, Immanuel. **Critique of pure reason**. Trad: J. M. D Meiklejohn. Londres: London: Bell and Daldy, 1872.

LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. *In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador, n.15, ago/set/out. 2008.

LIMA, Alcides Saldanha. **O direito fundamental a razoável duração do processo e o dever de eficiência do Poder Judiciário – reflexos sobre um caso concreto: 10ª vara da secção judiciária federal do Estado do Ceará no quinquenio 2005/2010**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em direito, Fortaleza, 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestação e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas pública. *In: Revista eletrônica de Direito Administrativo e Econômico (REDAE)*, Salvador, n.25 (fev/mar/abr), 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. El mandado de injunção como remedio contra la omisión inconstitucional em el derecho brasileño. *In: Pensamiento Constitucional*, Lima, 19, 2014, p.53-77.

MARTINS, André Ferrer Pinto. **Concepções de estudantes acerca do conceito de tempo: uma análise à luz da epistemologia de Gaston Bachelard**. Dissertação (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

MEDAUAR, Odete. **Serviço Público**. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.189, jul/set/1992, p.100-113.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Perplexidades acerca da responsabilidade civil do Estado: União "seguradora universal"?** Brasília: Revista Jurídica Virtual, v.2, n.13, jun. 2000. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/>>. Acessado em: 15 dez. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Princípio da eficiência e Controle jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários**. In: Revista de Direito Administrativo. v. 243, Setembro/Dezembro, 2006, p. 13-27.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

NETO, José Afonso. A responsabilidade civil: a teoria da perda de uma chance. In: **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena (CAAP)**, Belo Horizonte, n.1, 2009, p.345-361. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/>>. Acessado em: 03 dez. 2015.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. Guarulhos: Acadêmica, 1994.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **Tempo do processo civil e direitos fundamentais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REDONDO, Bruno Garcia. Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. In: **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS, v. 15, n. 30, Jul./Dez, 2013.

REZENDE, Renato Horta. Responsabilidade civil do Estado por dano causado por concessionárias de serviço público. In: **Responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico atual**. (Coord) Edimur Ferreira de Faria. (Org.) Simone Letícia Severo e Sousa. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p.153-180.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: lei n.º10.406, de 10.01.2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ROSSI, Amélia Sampaio; PAMPLONA, Danielle Anne. Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial: democracia e constitucionalismo em oposição ou tensão produtiva? In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (NOMOS)**. v.33.2, jul/dez, 2013.

SANTOS NETO, João Antunes dos. Responsabilidade Pública no direito brasileiro e no direito estrangeiro. *In: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.239, jan/mar 2005, p.255-298. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/index>>. Acessado em: 30 nov. 2015.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. A responsabilidade civil extracontratual no direito romano: análise comparativa entre os requisitos exigidos pelos romanos e os elementos de responsabilidade civil atualmente existentes. *In: Direito em Ação*, Brasília, v.10, n.1, jan/jun/2013, p.13 – 44, Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/index>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal inserido pela Emenda Constitucional n.º45/2004. *In: Cadernos da Escola de Direito da UNIBRASIL*, Paraná, v.1, n.5, 2005, p.13-26.

SPLENGER, Fabiana Marion; SPLENGER NETO, Theobaldo. **O tempo processual brasileiro: causa ou consequência da crise da jurisdição**. *In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (NOMOS)*. v.33.2, jul/dez, 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Tomo I. 9ª ed. rev., atual. e reformulada com Comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. Tomo II. 9ª ed. rev., atual. e reformulada com Comentários ao Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Tempo e processo**. São Paulo: 1997. Disponível em: <<http://www.tucci.adv.br>>. Acessado em: 04 fev. 2016.

VASCONCELOS, Fernanda Sousa. Oneração excessiva dos juros de mora em face da duração razoável do processo. Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.

VASCONCELOS JÚNIOR, Marcos de Oliveira. A responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. *In: Responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico atual*. (Coord) Edimur Ferreira de Faria. (Org.) Simone Letícia Severo e Sousa. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p.153-180.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Nova sistemática do processo à luz da “reforma do Poder Judiciário” (EC n.º45/2004). *In: Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)*, São Paulo, 2006, n.º42, p.69-88.