



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

LETÍCIA MALEICO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA DEMORA DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL**

Palhoça

2012

LETÍCIA MALEICO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA DEMORA DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade do Sul de Santa Catarina, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^a. Patrícia de Oliveira França, Msc.

Palhoça

2012

LETÍCIA MALEICO

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA DEMORA DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 07 de novembro de 2012.

Professora e orientadora Patrícia de Oliveira França, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Profa. Priscila Tagliari
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Pedro Adilão F. Junior
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA DEMORA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 07 de novembro de 2012.

LETÍCIA MALEICO

Dedico este trabalho aos meus pais, Ivanil e Roque, que sempre estiveram presentes, dando-me todo o apoio necessário e que depositaram toda a confiança em mim.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à Deus, que sempre presente em minha vida, deu-me força para lutar em busca dos meus objetivos, sem a fé nele, não chegaria até aqui.

Aos meus pais, que mesmo não convivendo diariamente comigo, sempre estiveram presente, dando forças para eu nunca desistir dos meus objetivos e lutar por eles, que nos momentos de desânimo me incentivaram a seguir em frente e que com muito amor e carinho me ajudaram a ir mais longe.

Ao meu irmão, pela amizade e companheirismo, aos meus tios Mariluz e Gilmar, por me apoiarem e me incentivarem a seguir a carreira jurídica, aos meus avós pelo imenso carinho e amor que dedicam a mim e a toda minha família que sempre esteve presente, dando-me todo o apoio necessário.

Ao meu namorado Luiz, pelo apoio e carinho e principalmente pelo companheirismo, por estar sempre ao meu lado.

A minha orientadora, que aceitou o convite para me orientar, ajudando-me na elaboração deste trabalho, que sempre esteve pronta para me ajudar e esclarecer minhas dúvidas, que com seu conhecimento contribuiu para realização desta monografia. Agradeço-lhe muito.

E aos demais professores, que ao longo da vida acadêmica transmitiram seus conhecimentos, contribuindo para a minha formação.

RESUMO

A responsabilidade civil do Estado em razão da demora da prestação jurisdicional é o tema que o presente trabalho pretende estudar. Num primeiro momento, faz-se um levantamento histórico das teorias que incidiram na responsabilidade do Estado, passando-se, posteriormente, a verificar os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, bem como as causas que excluem a responsabilização estatal. Após é averiguada a função jurisdicional do Estado e o acesso à justiça, com a garantia constitucional da razoável duração do processo, para que se possa constatar os danos causados aos cidadãos em razão da atividade jurisdicional intempestiva. O objetivo principal do trabalho é verificar se o Estado pode ser responsabilizado civilmente pelos danos que sua atividade jurisdicional provoca em razão da demora desarrazoada do processo, pois, danos de grande monta são suportados por aqueles que confiam no Poder Judiciário e esperam longos anos por uma decisão. Visto que quem causa algum dano à alguém tem o dever de repará-lo, os danos advindos da demora excessiva do Poder Judiciário não podem ficar sem reparação e serem suportados pelo jurisdicionado, que apenas exerceu seu direito constitucional de ação, devendo o Estado ser responsabilizado de alguma maneira.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Razoável duração do processo. Demora da prestação jurisdicional.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	12
2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	12
2.2 TIPOS DE RESPONSABILIDADE.....	14
2.3 EVOLUÇÃO TEÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	17
2.3.1 A irresponsabilidade do Estado.....	17
2.3.2 Concepção Civilista.....	19
2.3.3 Teoria da culpa administrativa.....	20
2.3.4 Teoria da responsabilidade objetiva.....	22
2.3.5 Teoria do risco integral.....	23
2.3.6 Teoria do risco administrativo.....	24
2.4 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO	25
2.4.1 Sujeitos responsáveis e a teoria da imputação volitiva	25
2.4.2 Conduta lesiva	26
2.4.3 Dano indenizável	28
2.4.4 Nexo de causalidade.....	30
2.4.5 Excludentes de responsabilidade.....	31
3 FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO E O DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA.....	33
3.1 FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	33
3.2 DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO: ACESSO À JUSTIÇA.....	36
3.2.1 Breve digressão histórica sobre o acesso à justiça no Brasil: do Brasil Colônia às ondas renovatórias de Mauro Cappelletti e Garth.....	36
3.2.2 Obstáculos ao acesso à Justiça: Econômico, Organizacional e Processual.....	41
3.3 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	43
3.3.1 Concepção de direito fundamental.....	43
3.3.2 A Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional 45/2004.....	44

3.3.3 Duração razoável do processo e devido processo legal.....	47
3.3.4 Caráter dúplice do direito fundamental à duração razoável do processo: direito individual e direito prestacional.....	48
3.3.5 Concretização do direito fundamental à duração razoável do processo: atuação do judiciário.....	49
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA DEMORA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	52
4.1 A MOROSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	52
4.1.2 Atos do judiciário que causam demora.....	54
4.1.3 Caracterização do dano pela demora.....	56
4.2 TESES CONTRÁRIAS À RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO.....	57
4.3 TESES FAVORÁVEIS À RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO.....	62
4.3.1 A responsabilidade pessoal do juiz.....	64
4.3.2 A responsabilidade civil por erro judiciário e denegação de justiça.....	67
4.3.3 Demora da prestação da tutela jurisdicional.....	70
5 CONCLUSÃO.....	75

1 INTRODUÇÃO

A função jurisdicional é uma atividade prestada em nome do Estado, tem como objetivo garantir o bem estar social, na medida em que soluciona os conflitos de interesses, aplicando o direito ao caso concreto, visando a solução pacificadora dos litígios.

Como atividade estatal, tem o dever de seguir todos os preceitos constitucionais, propiciando um processo no qual todas as garantias dos cidadãos sejam preservadas e que seus serviços sejam prestados com eficiência.

Além de dever, é um direito assegurado ao cidadão que a função jurisdicional lhe seja aplicada com as garantias plenas do acesso à justiça, mediante um processo justo.

Assim, indaga-se, se o Estado, detentor da prestação jurisdicional, pode ser responsabilizado quando o Poder Judiciário não cumpre adequadamente suas funções, causando danos aos jurisdicionados, principalmente em razão da demora.

A responsabilidade civil do Estado pela demora da prestação jurisdicional desperta interesse na medida em que no ordenamento jurídico não há nenhuma regra que fala sobre a responsabilidade em decorrência de atos jurisdicionais, sendo aceita pela jurisprudência a irresponsabilidade do Estado nestes casos.

Esse assunto chama a atenção, tendo em vista que é notório que a atividade jurisdicional demorada acarreta danos aos cidadãos que buscam o Poder Judiciário e ficam longos anos sem ter uma resposta.

A Constituição Federal garante um processo sem dilações indevidas, com duração em tempo razoável. Assim, quando o Poder Judiciário descumpra o preceito constitucional e causa prejuízos em razão desse descumprimento, não cabe que o jurisdicionado arque com as consequências, pois o ordenamento jurídico vigente estabelece que aquele que cometer um dano a alguém tem o dever de ressarcir-lo.

Dessa maneira, com o presente trabalho, caberá verificar o alcance da responsabilidade civil do Estado pelos prejuízos que a ineficiente prestação da atividade jurisdicional acarreta em razão da demora.

Para isso, o trabalho está dividido em cinco seções, sendo três capítulos de desenvolvimento. Primeiramente será feita uma abordagem geral acerca das teorias que orientaram a responsabilidade civil do Estado, partindo-se da total irresponsabilidade, à responsabilidade mediante comprovação de culpa

administrativa, até a fase atual da teoria do risco administrativo, na qual prescinde a averiguação de culpa, dependendo apenas que o ato lesivo cometido pelo agente público seja responsável pelo dano ocasionado. Também serão apresentados os elementos caracterizadores da responsabilidade extracontratual do Estado e as causas excludentes de responsabilidade.

Em seguida se perquirirá sobre as garantias constitucionais de acesso à justiça e da razoável duração do processo, como elementos essenciais para o bom funcionamento da justiça. Mostrar-se-á que o acesso à justiça é um tema que vem provocando discussões há tempos, tendo em vista os obstáculos que esse direito enfrenta para sua plena realização. Também será verificada a garantia constitucional da razoável duração do processo, direito que foi integrado ao ordenamento jurídico constitucional apenas em 2004, através da Emenda Constitucional nº 45, que deve nortear uma prestação jurisdicional eficiente, sem que ocorram delongas excessivas.

Será feita a delimitação do que vem a ser entendido como razoável duração do processo, tendo em vista a observância do devido processo legal e de todas as garantias constitucionais inerentes ao processo.

Por fim, será verificada a incidência da responsabilidade civil no que concerne aos danos oriundos da atividade jurisdicional, adentrando-se na temática da morosidade da prestação jurisdicional, fazendo uma exposição das teses contrárias e favoráveis à incidência de responsabilidade do Estado pelo dano que a atividade jurisdicional intempestiva acarreta aos cidadãos.

Para a consecução do trabalho, faz-se uso do método de abordagem dedutivo, na medida em que, parte-se da responsabilidade civil do Estado como um todo, analisando os casos de sua incidência e se restringe especificadamente à responsabilidade civil do Estado em decorrência da demora da atividade jurisdicional.

A presente pesquisa apresentará natureza qualitativa e será do tipo explicativa, utilizar-se-á do método monográfico e a técnica empregada será a pesquisa bibliográfica, baseada em pesquisa em livros, doutrina, leis e jurisprudências.

Pretende-se com o trabalho contribuir com a discussão havida acerca da devida reparação dos danos oriundos da falta de eficiência de uma justiça célere, como também, gerar uma reflexão sobre a importância de uma maior observância

por parte do Estado dos preceitos constitucionais que regem a garantia ao acesso à justiça de forma efetiva e em tempo razoável.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado é um tema de extrema relevância no meio jurídico, pois sendo o Estado um prestador de serviços públicos, ao exercer sua atividade pode vir a gerar danos a pessoas, esses danos, por sua vez, reclamarão pela devida reparação.

A forma como se dará a responsabilização pelo Estado, visando à reparação do dano causado é o assunto que versará nesse capítulo, onde se procurará fazer uma delimitação do conceito atual de responsabilidade civil do Estado, bem como sua natureza jurídica, buscando para isso, fundamento na evolução histórica de toda a responsabilidade civil que foi aplicável ao Estado, por fim procurar-se-á mostrar quais são os elementos caracterizadores da responsabilidade civil inerente ao Estado e os casos onde este está desobrigado de reparar o dano, visto, não ter dado causa ao ato lesivo.

2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A responsabilidade civil do Estado é um tema que passou por profundas transformações no decorrer dos anos. Assim, para se verificar os casos em que caberá a responsabilização estatal, faz-se necessário ter uma visão da responsabilidade civil como um todo.

Segundo Gonçalves (2010, p. 41) ao traçar comentários acerca do sentido etimológico da palavra responsabilidade, afirma que sua origem provém do latim *respondere*, tendo o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir.

Assim, ao estudar o termo responsabilidade, tem-se em mente a ideia de obrigação, de ter que reparar algo por ter descumprido um dever que foi imposto, e que, por consequência, resultou em algum prejuízo para alguém. (DINIZ, 2012, p. 23-24).

Ao analisar a responsabilidade civil, Cavalieri Filho (2010, p. 02) a conceitua da seguinte maneira:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em seu sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o

prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apartada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

O dever jurídico originário, que menciona o autor supracitado, refere-se à obrigação que foi assumida ou imposta a alguém, Cavalieri Filho (2010, p. 02), aduz que “Obrigação é sempre um dever jurídico originário, responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente a violação do primeiro.[...]”

Venosa (2006, p. 01), conceitua o termo responsabilidade como um dever de indenizar, ao mencionar que:

Em princípio toda atividade que acarreta algum prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar [...]. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deve arcar com as conseqüências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar.

Logo, o Estado, pessoa jurídica de direito público, também é passível de cometer danos às pessoas, pois, sendo prestador de serviços, ao exercer suas atividades através de seus servidores, pode acarretar prejuízos aos cidadãos. (MEIRELLES, 2010, p. 680).

Ao traçar comentários acerca da responsabilidade civil do Estado, Cahali (2007, p. 13) menciona que: “Entende-se a responsabilidade civil do Estado como sendo a obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades.”

Gasparini (2009, p. 1042) conceitua a responsabilidade civil do Estado como: “[...] a obrigação que se atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico que lhe seja imputável [...]”.

Dessa forma, o Estado tem a obrigação de ressarcir os prejuízos que advierem de sua conduta, quando seus agentes agem ou deixam de agir, quando praticam um ato ilegal ou mesmo em decorrência da lei, mas que em virtude desses comportamentos praticam um dano a terceiros. (DI PIETRO, 2012, p. 698).

Ao comentar sobre a responsabilidade civil do Estado, Mello (2010, p. 993), evidencia a natureza extracontratual que esse tipo de responsabilidade apresenta:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, a obrigação que lhe incube de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.

A responsabilidade civil aplicável ao Estado é extracontratual, visto que não decorre do descumprimento de um acordo de vontade, mas sim de uma determinação legal. Conforme enfatiza Cavalieri Filho (2010, p. 15):

Se preexistente um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual [...], se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual [...].

Outra característica apresentada na responsabilidade civil do Estado é sua forma objetiva, visto que não depende da comprovação da culpa ou do dolo do agente para sua configuração, conforme dita Stoco (2007, p. 1004) “Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.”

Vê-se que a responsabilidade objetiva encontra fundamento no artigo 37, §6º da Constituição Federal, onde fica estabelecido 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. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, para que o Estado possa ser responsabilizado, a parte está eximida de comprovar o dolo ou a culpa Estatal, contudo, deverão estar presentes a comprovação do dano e do nexos causal, estabelecendo uma relação entre a conduta lesiva e a configuração do prejuízo.

2.2 TIPOS DE RESPONSABILIDADE

A responsabilidade decorre de uma conduta contrária a um dever jurídico, violadora de uma norma e que por consequência acaba por gerar um dano a alguém, assim, tendo em vista a obrigação assumida e o prejuízo causado a doutrina divide a responsabilidade em diferentes espécies. (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 13).

Dessa maneira, a responsabilidade pode ser civil ou penal. Será de natureza penal, quando houver infringência a uma norma de direito público ocasionando danos de interesse social, já na responsabilidade civil o interesse reside meramente na parte que teve seu direito violado, provocador de danos, sendo que a reparação dependerá de seu interesse. (STOCO, 2007, p. 118).

Esclarece Diniz (2012, p. 39) que:

A responsabilidade penal pressupõe uma turbacão social, ou seja, uma lesão aos deveres de cidadão para com a ordem da sociedade, acarretando um dano social determinado pela violacão de uma norma penal, exigindo para restabelecer o equilíbrio social investigacão da culpabilidade do agente ou do estabelecimento da antissociabilidade do seu procedimento, acarretando a submissão pessoal do agente à pena que lhe foi imposta pelo órgão judicante, tendendo, portanto, a punição, isto é, o cumprimento da pena estabelecida na lei penal.

Ao falar sobre o tema se manifesta Gonçalves (2010, p. 43) referenciando que: “No caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudica poderá pleitear ou não a reparacão.”

Nesse mesmo raciocínio esclarece Diniz (2012, p. 39-40) acerca da responsabilidade civil:

A responsabilidade civil, por ser repercussão do dano privado, tem por causa geradora o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela lesão, de modo que a vítima poderá pedir reparacão do prejuízo causado, traduzida na recomposicão do *statu quo ante* ou numa importância em dinheiro.

Feita a diferenciação, trabalhar-se-á no presente trabalho monográfico com a responsabilidade de natureza civil, visto ser esta a que realmente interessa ao tema ora abordado.

Dessa feita, a responsabilidade civil é dividida entre contratual ou extracontratual dependendo da maneira da qual provém a violacão ocasionadora do dano. Segundo Diniz (2012, p. 146): “a responsabilidade contratual, se oriunda da inexecucão de negócio jurídico bilateral ou unilateral [...]”

Já a responsabilidade extracontratual deriva da violacão de um dever legal, conforme esclarece Gonçalves (2010, p. 44):

Quando a responsabilidade não deriva do contrato, diz-se que ela é extracontratual. Nesse caso aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil. Todo aquele que causar dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada do ilícito extracontratual, também chamada de aquiliana.

Desse modo, conclui-se, com os ensinamentos de Cavalieri Filho (2010, p. 15) que tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há violação de um dever jurídico preexistente, sendo que “[...] haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado estiver previsto no contrato” e “haverá por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou ordem jurídica”. (CAVALIERI FILHO, 2010, P.15).

Outra divisão feita acerca da responsabilidade civil se refere a fato de ser ela objetiva ou subjetiva.

Na responsabilidade subjetiva impera a presença da culpa ou dolo na conduta lesiva do agente, sendo assim, só haverá a obrigação de reparar o dano se houver comprovação de que o agente agiu sem a devida cautela ao infringir um dever que lhe foi imposto. (RIZZARDO, 2007, p. 28-29).

Nos ensinamentos de Gonçalves (2010, p. 48): “Diz-se, pois, ser ‘subjetiva’, a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.”

Tem-se claro a necessidade de comprovação da culpa para a configuração da responsabilidade subjetiva, conforme leciona Gagliano e Pamplona Filho (2009, p. 14): “A responsabilidade civil constitui direito à pretensão reparatoria, cabendo ao autor provar a culpa do réu.”

Entretanto, existem casos em que a comprovação da culpa não se faz necessária, esses casos são classificados como de responsabilidade objetiva, ou seja, para a configuração do dever de reparar o dano, a culpa não é elemento essencial, contudo deverá estar presente o nexos causal, que comprova a interligação do dano com a conduta do agente. (RIZZARDO, 2007, p. 36-37).

Assim ensina Cavalieri Filho (2010, p. 140), ao dispor sobre a responsabilidade objetiva:

Importa, isso, admitir que também na responsabilidade objetiva teremos uma atividade ilícita, o dano e o nexos causal. Só não será necessário o elemento culpa, razão pela qual, fala-se em responsabilidade

independentemente de culpa. Essa pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade porque, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar a quem não tenha dado causa ao evento.

A responsabilidade objetiva vem elencada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, determinando que, “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL, 2002).

Dessa forma, vistos os tipos de responsabilidade admitidos pelo nosso ordenamento, percebe-se que a Responsabilidade Civil do Estado é de caráter extracontratual objetiva, tendo em vista a necessidade de observância da lei quando do exercício de suas atividades, bem como a desnecessidade da comprovação da culpa do agente público quando danos forem ocasionados a terceiros.

2.3 EVOLUÇÃO TEÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado, como já mencionado, independe da comprovação da culpa do agente público quando no exercício de suas atividades ocasionar danos ao particular, contudo, nem sempre a responsabilidade civil do Estado foi dessa forma, houve uma longa evolução nas teses de responsabilidade que contemplam desde a total irresponsabilidade até o estágio atual da responsabilidade objetiva do Estado.

2.3.1 A irresponsabilidade do Estado

Inicialmente vigorava o princípio da total irresponsabilidade do Estado, pois se entendia que o Estado não comete erros ao praticar seus atos, sendo, pois, soberano em relação aos seus súditos. Essa fase de irresponsabilidade predominou durante época do Estado absolutista. (CAHALI, 2007, p. 20-21).

Conforme se aduz dos ensinamentos de Dias (2004, p. 23), os fundamentos da irresponsabilidade do Estado foram as máximas de que o rei não pode errar (*the king can no wrong*) e de que o rei não pode fazer mal (*ler oi ne peut mal faire*).

A teoria da irresponsabilidade absoluta do Estado conforme Frezzini (upud Cahali 2007, p. 20-21) firma-se em três postulados:

1) Na soberania do Estado, que, por sua natureza irreduzível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de relação; a responsabilidade do soberano perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição no termos da equação; 2) segue-se que, representando o Estado soberano o direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo direito; 3) Daí, os atos contrários à lei, praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos de Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados *nomine* próprio.

Dessa forma, o Estado se eximia de qualquer tipo de responsabilização, pois, conforme se retira dos ensinamentos de Cahali (2007, p. 21): “O Estado, é o órgão gerador do direito, cabendo-lhe a tutela dele; ao exercer a tutela jurídica, o Estado não atentaria contra a ordem jurídica, pois sendo ele o próprio direito, jamais praticaria injustiças.”

Entretanto, a máxima da irresponsabilidade era quebrada em alguns casos, nos quais se admitiam a obrigação de indenizar, conforme bem sintetiza Gasparini (2009, p. 1044): “O rigor da irresponsabilidade civil do Estado era quebrado por leis que admitiam a obrigação de indenizar em casos específicos, a exemplo da lei francesa que determinava a recomposição patrimonial por danos oriundos de obras públicas [...]”

Complementando, o autor supracitado (2009, p. 1044), sustenta que, a par das exceções nas quais o Estado pudesse ser responsabilizado, era admitida a responsabilidade do agente público quando o ato lesivo pudesse ser atribuído diretamente a ele. Contudo, essa forma de responsabilização não surtia efeitos, tendo em vista o pequeno patrimônio do agente, o qual se tornava insuficiente para ressarcir o dano provocado.

Porém a tese da irresponsabilidade já foi superada, não prevalecendo em nenhum ordenamento jurídico, pois a teoria da irresponsabilidade se insere como negação do direito, em injustiça, uma vez que, sendo o Estado capaz de direitos e obrigações, sua função é tutelar o direito, não tendo sentido que pudesse o violar impunemente, dessa forma, nada justifica sua irresponsabilidade. (CAHALI, 2007, p. 21).

2.3.2 Concepção Civilista

Passada a fase da total irresponsabilidade do Estado por condutas danosas decorrentes de seus atos, adentrou-se na teoria civilista, baseada nos princípios de direito civil e voltada na ideia de culpa para determinar a responsabilidade do Estado.

Conforme esclarece Cahali (2007, p. 22):

Nessa segunda fase de evolução histórica do instituto, a questão se põe parcialmente sobre o terreno civilístico; para deduzir uma responsabilidade pecuniária do poder público, fazia-se remissão aos princípios da responsabilidade por fato de terceiro (empregador ou comitente/preponente, representado/mandante). E se buscava então estabelecer uma diferença entre atos de império e atos de gestão[...].

Dessa forma, num primeiro momento, passou-se a admitir alguns casos de responsabilidade do Estado, enquanto que em outros ela não era aceita. Esses casos eram diferenciados em atos de império e atos de gestão. Ao praticar atos de império, o Estado estava exercendo sua soberania total, sendo que não poderia lhe ser atribuída qualquer responsabilização por seus atos, entretanto ao praticar atos de gestão, se igualava ao particular, podendo ser responsabilização, desde que para isso, houvesse a comprovação de culpa. (CAHALI, 2007, p. 22-23).

Ao distinguir os atos de império para os de gestão, assevera Di Pietro (2012, p. 699-700, grifo do autor) como era tratada a responsabilidade do Estado.

Numa primeira fase, distinguia-se, para fins de responsabilidade, **os atos de império** e **os atos de gestão**. Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.

Contudo essa teoria não se mostrou eficaz para definir a responsabilidade do Estado, em virtude da grande dificuldade em diferenciar os atos de império dos de gestão. Conforme Diniz (2012, p. 674-675):

Praticamente é difícil caracterizar a atuação estatal e dizer em cada caso se o ato é de império ou de gestão. Negar indenização pelo Estado em qualquer de seus atos que causarem danos a terceiros, é subtrair o Poder Público de sua função primordial de tutelar o direito.

Em razão da insuficiência dos enunciados estabelecidos, a teoria civilista acabou sendo descartada, pois independe se o ato foi de império ou de gestão, se danos foram ocasionados em razão de uma atividade do Estado, tem ele o dever de repará-los. (CAHALI, 2007, p. 23-24).

Conforme entendimento de Meirelles (2010, p. 681):

Realmente, não se pode equiparar o Estado, com seu poder e seus privilégios administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas. Toraram-se, por isso, inaplicáveis em sua pureza, os princípios subjetivos da culpa civil para a responsabilização da Administração pelos danos causados aos administrados. Princípios de Direito Público é que devem nortear a fixação dessa responsabilidade.

Ressalta-se, conforme esclarece Gasparini (2009, p. 1045), que a teoria da responsabilidade com culpa, foi acolhida no Código Civil de 1916 e vigorou até o advento da Constituição Federal de 1946, a partir daí se passou a conviver com a teoria da responsabilidade sem culpa.

2.3.3 Teoria da culpa administrativa

Verificando que a teorias acerca da responsabilização do Estado a partir do direito privado, com a comprovação da culpa do agente estatal, não surtiu o efeito almejado, passou-se a elaboração de novas teorias segundo os princípios do direito publico, sendo que a primeira delas se refere à culpa administrativa.

Conforme Di Pietro (2012, p. 700): “O primeiro passo no sentido da elaboração de teorias de responsabilidade do Estado, segundo princípios do direito público foi dado pela jurisprudência francesa, com o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873[...]”

Assevera a autora acima citada (2012, p. 700) que a menina Agnes Blanco, a atravessar a rua da cidade de Bordeaux foi atropelada por uma Vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo, em razão disso, foi promovida uma ação civil de indenização com base em que o Estado é civilmente responsável pelos prejuízos que causar a terceiros em decorrência da ação danosa de seus agentes. Ao decidir a controvérsia, o entendimento foi de que a responsabilidade civil do

Estado não pode reger-se pelos princípios do Direito Privado, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme a necessidade do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.

Assim a primeira teoria publicista que surgiu foi a da culpa administrativa. Nas palavras de Meirelles (2010, p. 682) encontra-se a definição para essa teoria:

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da 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 administrativa. Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de culpa administrativa.

Segundo menciona Gasparini (2009, p. 1046), acerca da teoria publicista:

[...] procurou-se centrar a obrigação de indenizar na culpa do serviço, ou segundo os franceses, na *faute du service*. Ocorria a culpa do serviço sempre que este não funcionava (não existia, devendo existir), funcionava mal (devendo funcionar bem) ou funcionava atrasado (devendo funcionar em tempo).

Desse modo, passou-se a desvincular a ideia da culpa do funcionário, vinculando-a a culpa do serviço. Conforme dispõe Di Pietro (2012, p. 701, grifo do autor): “Distingua-se de um lado, a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, e, de outro, a culpa **anônima do serviço público**; nesse caso, o funcionário não é identificável e se considera que o serviço funcionou mal [...]”

Entretanto, essa teoria ainda possuía cunho subjetivo, tendo em vista a necessidade da comprovação da culpa de que o serviço prestado pelo Estado não funcionou da maneira desejada.

Esse entendimento se retira dos ensinamentos de Mello (2010, p. 1003):

É mister acentuar que a responsabilidade por “falta do serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo).

Dessa forma, a teoria da culpa administrativa, não satisfazendo os anseios de justiça, tendo que o êxito do pedido de indenização ficava condicionado a

demonstração por parte da vítima, além do dano, da culpa do serviço, conforme assevera Gasparini (2009, p. 1046), evolui, procurando critérios objetivos para que o Estado se tornasse responsável pelos danos que viesse causar.

2.3.4 Teoria da responsabilidade objetiva

Visto que a teoria da culpa administrativa não estava garantindo os anseios por justiça, surgiu um novo tipo de responsabilidade, centrada, não mais na ideia de culpa. Essa nova fase foi denominada de responsabilidade objetiva.

Ao traçar comentários acerca dessa responsabilidade, Gasparini (2009, p. 1047) aduz que:

Por essa teoria, a obrigação de o Estado indenizar o dano, surge, tão só, do ato lesivo, que ele, Estado, foi o causador. Não se exige a culpa do agente público, nem a culpa do serviço. É suficiente a prova da lesão e de que esta foi causada pelo Estado. A culpa é inferida do fato lesivo, ou vale dizer, decorrente do risco que a atividade pública gera para os administrados.

Desse modo, para que surja o dever de indenizar, basta que haja uma relação entre o dano e a ação do Estado, não sendo, pois, necessária a comprovação da culpa. Nas palavras de Mello (2010, p. 1005): “Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz [...]”

Nessa fase, o Estado responde, independentemente de qualquer indagação em torno da culpa do funcionário ou da falta do serviço, se há uma relação entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular, o Estado responderá pelo prejuízo que provocou. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 242).

Cumprido salientar que essa teoria se baseia nos princípios da igualdade dos ônus e encargos sociais, conforme dispõe Di Pietro (2012, p. 701):

Essa doutrina baseia-se nos princípios de igualdade de todos perante os encargos sociais, e encontra raízes no artigo 13 da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, segundo o qual “para a manutenção da força pública e para as despesas da administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com duas possibilidades”. O princípio significa que, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para

restabelecer esse equilíbrio o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário.

Evidencia-se que essa teoria diferencia-se das demais, tendo em vista seu caráter objetivo, sendo que não há mais necessidade de comprovação da culpa do agente público ou mesmo a culpa do serviço, também não há predomínio da ideia de irresponsabilidade do Estado. Vigê-se, nessa teoria, a necessidade, apenas, de comprovação da relação entre a causa e o efeito do dano, ou seja, que o dano ocorreu em virtude de uma conduta do Estado, a qual acarretou prejuízos. (MEIRELLES, 2010, p. 685-688).

Contempla-se dentro da teoria objetiva, a teoria do risco integral e a do risco administrativo.

2.3.5 Teoria do risco Integral

A teoria do risco integral tem por fundamento o dever do Estado de indenizar qualquer situação na qual tenha ocorrido um dano ao administrado, mesmo nos casos em que o dano não decorreu da conduta de seus agentes. (MEDUAR, 2011, p. 390).

Gasparini (2009, p. 1047), ao traçar comentário acerca da teoria do risco integral, aduz que: “Por teoria do risco integral entende-se a que obriga o Estado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento.”

Segundo assevera Meirelles (2010, p. 683):

A teoria do risco integral é modalidade extrema da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e a iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultantes de culpa ou dolo da vítima.

Assim, a teoria do risco integral não admite as hipóteses de excludentes de responsabilidade do Estado, contudo, observa-se que parte da doutrina não faz distinção entre o risco integral e o risco administrativo, usando-as como sinônimos, conforme ressalva Di Pietro (2012, p. 702), porém as duas teorias apresentam diferenças, tendo em vista que na teoria do risco administrativo o Estado poderá se eximir da obrigação de indenizar, comprovando a culpa do administrado.

Ressalta-se que teoria do risco integral jamais foi acolhida pelo nosso sistema jurídico. (MEIRELLES, 2010, p. 683).

2.3.6 Teoria do risco administrativo

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar do Estado pela simples ocorrência de um ato lesivo, nessa teoria não se perquire a respeito da culpa do agente ou da falta do serviço, apenas se faz necessário que ocorra um ato causador de prejuízos para que se configure a obrigação de indenizar. (MEDUAR, 2011, p. 389).

Segundo Meirelles (2010, p. 682), basta que a vítima demonstre um fato danoso ocasionado pela ação ou omissão do Poder Público, essa teoria baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados não se cogitando a culpa da administração ou de seus agentes.

A culpa é decorrente do risco que a atividade administrativa proporciona para o administrado, sendo necessária, apenas, a prova da lesão causada pelo Estado, porém essa presunção é atenuada mediante a comprovação de que o lesado concorreu, total ou parcialmente, para a ocorrência do dano, ou que este não se originou da conduta do Estado. (GASPARINI, 2009, p. 1047).

Percebe-se que, diferentemente da teoria do risco integral, a teoria do risco administrativo admite a comprovação de que o Estado não concorreu para a conduta danosa, ou seja, que o Estado se valha das excludentes de responsabilidade, comprovando a culpa ou dolo da vítima, ou que efetivamente não foi o causador do dano. (CAVALIERI, 2010, p. 243).

Assim se infere dos comentários de Meirelles (2010, p. 683):

Advirta-se, contudo, que a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isso porque o risco administrativo não se confunde com o risco integral. O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão somente, que a vítima fica dispensada da prova de culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.

Observar-se que a teoria do risco administrativo foi a teoria adotada por nossa atual Constituição, à medida que disciplina a responsabilidade do Estado no

seu artigo 37, §6º, conforme disciplina Cavalieri Filho (2010, p. 246), a responsabilidade objetiva da Administração pública está condicionada aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano.

2.4 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

Como visto, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, contudo para que a responsabilidade possa ser atribuída ao Estado, faz-se necessário conhecer quais são os seus elementos caracterizadores, assim, serão analisados os agentes causadores de danos, o que vem a ser o dano indenizável e a interligação desse dano à conduta do Estado, além dos casos onde a responsabilidade do Estado será ilidida, tendo em vista não ter concorrido para a produção do evento danoso.

2.4.1 Sujeitos responsáveis e a teoria da imputação volitiva

O Estado, pessoa jurídica, não possui vontade própria, contudo manifesta sua vontade por meio de seus agentes, dessa forma, conforme se extrai dos ensinamentos de Cavalieri Filho (2010, p. 240):

Não podendo o Estado agir diretamente, por não ser dotado de individualidade fisiopsíquica, sua vontade e sua ação são manifestadas pelos seus agentes, na medida em que se apresentem revestidos dessa qualidade e atuem em seus órgãos.

Assim, a teoria da imputação volitiva foi concebida, sendo que provém da teoria do órgão, da qual se entende que o Estado é dotado de órgão de comandos, exercendo sua função por meio de seus agentes, desse modo não há distinção entre a pessoa do agente com a do Estado, como bem assevera Mello (2010, p. 1008):

Em suma: não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois, entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, procedida na intimidade da pessoa estatal.

Dessa forma, o Estado será responsabilizado quando de um ato praticado por um agente público resultar em dano a terceiros, pois se entende que foi o Estado que quis assim e agiu dessa forma ocasionando o evento lesivo.

Corroborando ainda mais com o entendimento, Mello (2010, p. 1008) esclarece que: “Assim como o direito constrói a realidade (jurídica) ‘pessoas jurídicas’, também constrói para elas as realidades (jurídicas) vontade e ação, imputando o querer e o agir dos agentes à pessoa do Estado.”

São os agentes públicos que atuam manifestando a vontade do Estado. Essa expressão “agente público” introduzida pela Constituição Federal de 1988, designa qualquer pessoa que esteja exercendo alguma atividade pública e que venha a ocasionar dano ao administrado, assim se aduz dos ensinamentos de Meirelles (2010, p. 686):

A Constituição atual usou acertadamente a 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 [...].

Desse modo, para figurar a hipóteses de responsabilidade do Estado, não importa se o agente agiu com culpa ou dolo ou fora da competência a ele atribuída, o que insurge saber é se o agente provocou o evento danoso, lesando terceiros, na qualidade de agente público. (MELLO, 2010, p. 1009).

Assim, sempre que um dano ocorrer ao particular incidirá ao Estado a obrigação de ressarcimento do evento lesivo provocado, pois o agente atua em nome do Estado, não tendo este como se eximir de sua responsabilidade.

2.4.2 Conduta lesiva

Quando o particular sofre um dano em razão de uma conduta do agente público, o Estado é obrigado a indenizar, em virtude da simples conduta lesiva do seu agente causadora de danos, independente da comprovação da culpa ou dolo. (MELLO, 2010, p.1006).

Dessa forma, conforme assevera Gasparini (2009, p. 1041): “O comportamento unilateral, comissivo ou omissivo do Estado, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, pode causar dano à pessoa ou ao seu patrimônio [...]”

Assim, a conduta lesiva pode se dá em virtude de atos comissivos ou omissivos do Poder Público, bem como de atos lícitos ou ilícitos. (DI PIRTRO, 2012, p. 698).

Ao traçar comentários acerca da responsabilidade em virtude de atos comissivos do Estado, Mello (2010, p. 1010-1011), afirma o caráter objetivo que possui a responsabilização quando o Estado age, gerando prejuízos a terceiros.

Deveras já se referiu que a noção de Estado de Direito reclama a de Estado responsável. Mencionou-se, outrossim, a verdade cediça de que as condições em que o Poder Público pode produzir dano são muito distintas das que ocorrem nas relações entre particulares. O Estado detém monopólio da força. O Estado dita os termos de sua presença na coletividade, sem que os administrados possam esquivar-se. O Estado frui do poder de intervir unilateralmente na esfera jurídica do terceiros. O Estado tem o dever de praticar atos em benefício de todos, os quais, todavia, podem gravar especialmente a algum ou alguns dos membros da coletividade. Por tudo isso, não há cogitar de culpa, dolo ou infração ao Direito quando comportamento estatal comissivo gera, produz, causa, dano a alguém.

Contudo o mesmo autor (2010, p. 1012) não admite a responsabilidade objetiva do Estado em casos omissivos, asseverando que nesses casos deve ser aplicar a teoria subjetiva, pois o Estado não agiu, não sendo, deveras, o autor do dano. Menciona que:

Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre reponsabilidade por ato 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 negligencia, imprudência ou imperícia (culpa), ou então, deliberado proposito de violar a norma jurídica que o constitua em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidade de responsabilidade subjetiva.

Compartilhando do mesmo entendimento, Di Pietro (2012, p. 711) assevera que na responsabilidade por atos omissivos incide a responsabilidade subjetiva, afirmando que:

[...] existe uma presunção de culpa do Poder Público. O lesado não precisa fazer a prova que existiu a culpa ou dolo. Ao Estado é que cabe demonstrar que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e

que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir; se fizer essa demonstração, não incidirá a responsabilidade.

Porém, esse entendimento não está pacificado doutrinariamente, conforme entendimento de Cavalieri Filho (2010, p. 251), a Constituição Federal, não faz diferenciação entre comportamento omissivo ou comissivo do agente público ao cometer a conduta lesiva. Menciona ainda que “o Estado pratica ato ilícito não só por omissão (quando deixa de fazer o que tinha o dever de fazer), como também por comissão (quando faz o que não deveria fazer)[...]” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 252).

Esse também é o entendimento de Meirelles (2010, p. 687), ao dispor que: “incide a responsabilidade objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância.”

A conduta lesiva também pode resultar de atos lícitos ou ilícitos, assim quando o Estado pratica um ato lícito, porém esse mesmo ato gera prejuízos a alguém, caberá indenização ao prejudicado. Conforme Gasparini (2009, p. 1042):

O fundamento da responsabilidade por atos lícitos é o princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargos a que estão sujeitos os administrados. Dessa forma, todos concorrem para o pagamento da indenização, na medida em que pagam os tributos.

Quando a conduta decorrer de um ato ilícito, ocorre um descumprimento da lei, e segundo o autor supracitado, o fundamento é a própria violação da legalidade.

2.4.3 Dano indenizável

Para ter direito à indenização por parte do Estado não é qualquer dano que poderá ser arguido, o dano deve possuir certas características para fazer jus à reparação.

O dano resulta tanto de ato culposos como doloso do agente público, como também, de ato, que embora praticado sem culpa ou dolo pela administração, tenha se caracterizado como injusto para o particular. (CAHALI, 2007, p. 68).

Conforme leciona Gasparini (2009, p. 1050):

[...] o dano só é reparável pela Administração pública causadora do evento danoso se for *certo* (possível, real, efetivo, aferível, presente – exclui-se, pois o dano eventual, i. e., o que poderá acontecer), *especial* (individualizado, referido à vítima, pois em geral e configura ônus comum à vida em sociedade), *anormal*, (excedente aos inconvenientes naturais dos serviços e encargos decorrentes do viver em sociedade), *referentes à uma situação protegida pelo direito* [...] e *de valor economicamente apreciável* (não tem sentido a indenização de dano de valor econômico irrisório).

Por dano certo, retira-se dos ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 85) que: “Somente o dano certo, efetivo é indenizável. Ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou hipotético.”

O dano deverá ferir um direito da vítima, que além de trazer um prejuízo econômico, deverá ser uma lesão jurídica. (MELLO 2010, p. 1020).

Ao fazer menção acerca do dano ensejador de responsabilidade, Mello (2010, p.1021) dispõe que:

Logo, o dano assim considerado pelo Direito, o dano ensanchador de responsabilidade, é mais que simples dano econômico. Pressupõe sua existência, mas reclama, além disso, que consista em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito.

Além disso, o dano deve se apresentar como anormal, ou seja, que supera os pequenos agravos patrimoniais, conforme esclarece Mello (2010, p. 1023):

Dano anormal é aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social. A vida em sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais. São pequenos ônus que não configuram dano anormal.

Outra característica que deverá estar presente para que o dano possa ser ressarcido é a especialidade, que nas palavras de Mello (2010, p. 1023) se entende como um agravo patrimonial que se incide sobre certos indivíduos e não sobre a coletividade em geral.

Dessa forma, só haverá ressarcimento pelo Estado se ocorrer um dano, ocasionando uma lesão ao bem jurídico do administrado, pois sem dano não há como cogitar direito a reparação.

2.4.4 Nexo de causalidade

Ao sofrer um dano, inicialmente se requererá a reparação do mesmo, porém para que possa haver o devido ressarcimento é necessário estabelecer se foi em virtude de determinada conduta que adveio o resultado danoso.

Deve-se estabelecer um vínculo entre o evento danoso e a conduta praticada, esse vínculo denomina-se nexos de causalidade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 133).

Conforme se infere dos ensinamentos de Cavalieri Filho (2010, p. 47), o nexos causal “[...] é o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”.

Ao conceituar o nexos causal, estabelece Venosa (2006, p. 42) que:

O conceito de nexos causal, nexos etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável.

Dessa forma, antes mesmo de averiguar acerca da culpa do agente, faz necessário perquirir se foi sua conduta que deu causa ao prejuízo.

Extrai-se dos ensinamentos de Cavalieri Filho (2010, p. 47) que:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Dai a relevância do chamado *nexos causal*. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele.

Assim, o nexos causal é uma relação de causa e efeito, se a causa do dano não estiver relacionada com o comportamento do agente inexistente a obrigação de indenizar. (GONÇALVES 2010, p. 54).

Ressalta-se que na responsabilidade objetiva a culpa é dispensada, porém não o é o nexos causal, nesse sentido conclui Cavalieri Filho (2010, p. 47), mencionando que o nexos causal é um elemento indispensável da responsabilidade civil de qualquer espécie, pois pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem nexos causal.

2.4.5 Excludentes de responsabilidade

O Estado só estará obrigado a indenizar um dano que ele tenha dado causa, ou seja, um dano onde exista o nexo causal entre a conduta do agente e o prejuízo sofrido, dessa forma, se um prejuízo advier de uma conduta que não tenha sido ocasionada por um agente público, não há que se mencionar a obrigação de indenizar.

Segundo se infere dos ensinamentos de Di Pietro (2012, p.706): “Sendo a existência do nexo causal o fundamento da responsabilidade civil do Estado, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano [...]”

Dessa forma, existem as excludentes de responsabilidade, das quais o Estado poderá se valer sempre que um dano lhe for imputado sem que tenha havido qualquer relação entre conduta do agente estatal e o prejuízo propriamente sofrido, pois, o Estado só se exime de responder se não causou a lesão que lhe é imputada, se faltar o nexo causal, fora disso responderá sempre. (MELLO, 2010, p. 1023).

Conforme ensina Di Pietro (2012, p. 707): “São apontadas como causa excludente de responsabilidade a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros. Como atenuante é apontada a culpa concorrente da vítima.”

Entretanto, leciona Stoco (2007, p.1014) que as causas que possuem forças para romper o liame causal são o caso fortuito ou força maior e a culpa exclusiva da vítima.

O caso fortuito ou a força maior, apontados como eliminador do nexo causal, possuem divergência doutrinária acerca de sua definição, como bem assevera Venosa (2006, p. 46):

O caso fortuito (act of God, ato de Deus no direito anglo saxão) decorreria de forças da natureza, tais como o terremoto, a inundação, o incêndio não provocado, enquanto a força maior decorreria de atos humanos inelutáveis, tais como guerras, revoluções, greves e determinações de autoridades.

Porém, afirma o autor supracitado (2006, p. 47) que esse conceito gira sempre em torno da imprevisibilidade ou inevitabilidade, sendo esses fatos estranhos à vontade do interessado. Assim, rompe-se o nexo causal, na medida em que, o prejuízo não é causado pelo agente, mas sim em razão de acontecimentos que escapam de seu poder.

A culpa da vítima também tem o condão de elidir a responsabilidade estatal, na medida em que o evento lesivo se deu em virtude da sua própria conduta, assim, a causa excludente não é a culpa da vítima, mas sim a falta denexo causal, pois fica demonstrando que o causador do dano foi a suposta vítima e não o Estado. (MELLO, 2010, p. 1024),

Contudo, deve se observar se a culpa foi exclusiva da vítima, ou se o Estado concorreu, de certa forma, para a produção do evento dano. Dessa maneira salienta Di Pietro (2012, p. 707) que “[...] no primeiro caso, o Estado não responde; no segundo atenua-se a responsabilidade, que se reparte com a vítima”.

Esse também é o entendimento de Mello (2010, p.1024) na medida em que dispõe da seguinte maneira:

Com efeito, pode ocorrer que o dano resulte de dupla causação. Hipóteses haverá em que o evento lesivo seja fruto de uma ação conjunta do Estado e do lesado, concorrendo ambos para a geração do evento danoso. Ainda aqui não haverá falar em excludente de responsabilidade estatal. Haverá sim, atenuação do *quantum* indenizatório, a ser decidido na proporção em que cada qual haja participado para a produção do evento.

Ademais, sempre que ocorrer qualquer dos casos onde o nexocausal é rompido, inexistirá para o Estado o dever de indenizar. Assim, o nexocausal deverá ver verificado para configurar a responsabilidade do Estado, contudo, se provados pela Administração que outros acontecimentos, sem o vínculo com a atividade Administrativa, deram causa ao dano, haverá isenção total ou parcial da responsabilidade estatal. (MEDAUAR, 2011, p. 394-395).

Porquanto, demonstradas as teses que incidiram na responsabilidade do Estado, desde sua total irresponsabilidade até sua responsabilização objetiva, baseada na ideia de risco administrativo, bem como dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, faz-se necessário estudar a função jurisdicional do Estado, verificando se a responsabilidade do Estado incidirá em casos de danos oriundos dessa função.

3 FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO E O DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA

O Estado, elencado na Constituição Federal como democrático e de Direito, tem o dever de garantir a todos os direitos fundamentais individuais e sociais aos quais se propôs, tem o dever de prestar pelo bem estar social como forma de garantir a igualdade, para que, dessa forma, todos convivam harmonicamente em seu meio. (BRASIL, 1988).

Com o objetivo de garantir o bem de todos e a ordem, o Estado tomou para si funções essenciais, dentre as quais está a função jurisdicional. Pela função jurisdicional cabe ao Estado promover a justiça, resolver os conflitos de interesse e dizer o direito a quem dele tem razão. (BRASIL, 1988).

Porém, não basta apenas aplicar o direito ao caso concreto, cabe ao Estado promover os meios necessários para garantir o acesso pleno à justiça a todas as pessoas, fornecendo os meios necessários para que todos que precisam se socorrer ao Poder Judiciário, possam realizar seu direito de forma plena e eficaz. (RODRIGUES, 1994, p. 15-16).

O acesso à justiça é um direito fundamental elencado na Carta Magna do Brasil, devendo ser efetivo, concretizado, fazendo valer a igualdade e demonstrando que o Estado é democrático de direito.

Dessa forma, no decorrer do capítulo serão elencados alguns conceitos essenciais do que vem a ser a função jurisdicional, da qual o Estado detém o monopólio, bem como, será estudada a garantia de acesso à justiça e os meios que garantam sua efetivação, visando à constituição de um processo justo no qual possa haver a participação de todos, fazendo valer os preceitos elencados na Constituição da República Federativa do Brasil.

3.1 FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição Federal declara que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de Direito, prevalecendo a garantia aos direitos fundamentais e sociais do cidadão. (BRASIL, 1988).

Ao mencionar acerca da democracia que rege o Estado Democrático de Direito, Silva (2012, p.119-120) aduz que:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por meio de representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de libertação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer seu pleno exercício.

Para garantir a democracia e a justiça social, bem como o exercício dos direitos assegurados aos cidadãos, cabe a observância de certos princípios elencados na Carta Constitucional.

Assim, tem-se o princípio da legalidade que rege todo o ordenamento jurídico, Silva (2012, p. 121) o conceitua da seguinte forma:

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça, não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições do socialmente desiguais. Deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado.

Nesse diapasão, pelo princípio da legalidade, caberá ao Estado o seguir no desenvolvimento de suas funções, dentre elas, a jurisdicional, dessa forma, haverá a apreciação pelo Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça de direito, conforme salienta Moraes (2012, p. 86):

O princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV). Dessa forma, será chamado a intervir o Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto.

O ordenamento jurídico brasileiro proíbe qualquer tentativa de fazer justiça pelas próprias mãos, sendo que, para que a parte lesada possa fazer valer seus direitos, faz-se necessário que ela procure um órgão jurisdicional e postule sua demanda, tendo em vista que o Estado assumiu a função jurisdicional, na medida

em que se infere da Constituição Federal que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” (THEODO JÚNIOR 2012, p. 44)

Traçando comentários acerca da função jurisdicional, Chiovenda (1998, p. 8) afirma que:

Pode-se definir a jurisdição como função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva

Segundo se extrai dos ensinamentos de Theodoro Júnior (2012, p. 45):

O Estado moderno, então, assumiu para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas, bem como o de realizar esse mesmo direito, se a parte recalcitrante recusar-se a cumprir espontaneamente o comando concreto da lei. Somente em casos emergenciais, expressamente ressalvados pelo legislador, é que subsistiram alguns resquícios da justiça privada, capazes de legitimar, ainda hoje, a defesa dos direitos subjetivos pelas próprias mãos da parte[...].

A Constituição Federal, ao estabelecer os princípios constitucionais da garantia da legalidade e de um processo judicial, dispõe que sempre que houver lesão ou ameaça a direito, caberá ao Estado exercer a tutela jurisdicional, na medida em que declarará de quem será o direito ora postulado. (BRASIL, 1988)

Dessa maneira, conforme se aduz dos ensinamentos de Dinamarco (2010, p. 361): “Tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão em uma causa posta em juízo. Tutela é ajuda, proteção.”

Assim, caberá ao Estado, na pessoa do Juiz, sempre que houver casos concretos de conflitos de interesses, invocados pela parte interessada, exercer a função jurisdicional e garantir com a jurisdição o adequado e efetivo acesso à justiça. (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 46).

Ademais é somente por meio do acesso à justiça que a função jurisdicional realmente se concretiza como direito fundamental, contudo, existem muitos fatores que influenciam para que o acesso à justiça se efetive de maneira plena e igualitária a todos os cidadãos, impossibilitando, assim, o exercício da função jurisdicional.

3.2 DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO: ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça constitui não apenas um direito de acesso ao órgão jurisdicional, como também o de obter decisões justas, na medida em que há proibição da autotutela no ordenamento jurídico vigente, dessa forma, cabe ao Estado prover todos os meios necessários para que o cidadão consiga postular em juízo, visando à obtenção do direito lesado. Entretanto o acesso à justiça apresenta algumas dificuldades, sendo que não se mostra acessível a todos que dela necessitam. (BRASIL, 1988).

As dificuldades ao acesso acabam por ferir os preceitos constitucionais, na medida em que a isonomia estabelecida no Estado Democrático de Direito não se faz respeitada, pois somente a uma camada da população é garantida a busca pelo direito lesado. (RODRIGUES, 1994, p. 31).

Tendo em vista que o acesso à justiça é um direito fundamental, faz-se necessário que todas as providências para o seu efetivo exercício sejam tomadas, garantindo a todos o seu pleno acesso e realizando a função jurisdicional garantida pelo Estado.

3.2.1 Breve digressão histórica sobre o acesso à justiça no Brasil: do Brasil Colônia às ondas renovatórias de Mauro Cappelletti e Garth

O acesso à justiça é um direito que passou por mudanças ao longo do tempo, sempre em busca de sua maior efetivação nos sistemas jurídicos, pois como se retira dos ensinamentos de Cappelletti e Garth (1988, p. 12): “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental- o mais básico dos direitos humanos- de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.”

Porém nos primórdios não era dada a devida importância a este direito. Tem-se que no período colonial do Brasil, primeiramente, o poder e a jurisdição estavam centrados nas mãos dos donatários que eram os titulares das capitâneas hereditárias, eles exerciam o poder quase absoluto, sem o que permitisse qualquer interpenetração. (SILVA, 2012, p.70).

Numa segunda fase do período colonial foi instituído um sistema de governadores gerais e as capitanias foram transformadas em uma espécie de província, conforme salienta Wolkmer (apud Abreu, P., 2008, p. 122):

Há a criação de uma Justiça Colonial e de uma pequena burocracia, composta por grupo de agentes profissionais. [...] O Ouvidor-Geral transforma-se em um dos cargos mais importantes, assim como o Governador-Geral e Provedor-Mor a fazenda. Detinha poderes quase sem limites, sujeito ao seu arbítrio pessoal, descabendo de suas decisões, na maioria das vezes, apelação e agravo.

Na terceira fase a organização judiciária colonial passou a reproduzir a estrutura portuguesa com a primeira instância formada por juizes ordinários, a segunda instância era formada pelo Tribunal de Relação e o Tribunal de Justiça Superior era a terceira instância, havia também as juntas da justiça, que eram pequenos tribunais que sentenciavam sumariamente, em certos pontos do país. (WOLKMER apud ABREU, 2008, p. 122- 123).

Houve a fragmentação e dispersão do poder político da colônia, sendo que, nessa época, o acesso à justiça era ínfimo, porém com o passar do tempo, o conceito de acesso à justiça começou a se fazer presente ante a importância de garantir a justiça a todos que dela precisam e a necessidade de evitar arbitrariedades. (ABREU, P., 2008, p. 124).

Assim, grandes avanços foram trazidos, principalmente com os ensinamentos de Cappelletti e Garth ao traçar suas três ondas renovatórias para o progresso do pleno acesso à justiça. (RODRIGUES, 1994, p. 30).

A primeira onda voltada a soluções práticas para o problema de acesso à justiça se refere à assistência judiciária para os pobres, pois segundo Cappelletti e Garth (1988, p.32): “Até muito recente, no entanto, os sistemas de assistência judiciária da maior parte dos países eram inadequados. Baseavam-se, em sua maior parte, em serviços prestados pelos advogados particulares sem contraprestação.”

Esse sistema se mostrou ineficiente tendo em vista que a população efetivamente pobre não dispunha de um verdadeiro atendimento jurídico. Em virtude de sua ineficiência foram introduzidas reformas na Alemanha e na Inglaterra com o objetivo de proporcionar o acesso à justiça aos menos favorecidos, segundo se retira dos ensinamentos de Cappelletti e Garth (1988, p. 32-33):

[...] a Alemanha deu início a um sistema de remuneração pelo Estado dos advogados que fornecessem assistência judiciária, a qual era extensiva a todos que a pleiteassem. Na Inglaterra, a principal reforma começou com o estatuto de 1949, criando *Legal Aid and Advice Scheme*, que foi confiado à *Law Society*, associação nacional dos advogados. Esse esquema reconhecia a importância de não somente compensar os advogados particulares pelo aconselhamento (“aconselhamento jurídico”) senão ainda pela assistência nos processos (“assistência judiciária”) [...].

Assim, passou-se a reforma da assistência judiciária, pois os sistemas existentes eram totalmente inadequados, tornando-se cada vez mais intoleráveis. (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p.33).

Dentre as reformas estabelecidas, foram criados três modelos: o sistema *judicare*, o sistema onde o advogado é remunerado pelos cofres públicos e o modelo combinado dos dois sistemas. (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p. 34).

Conforme Cappelletti e Garth (1988, p.35) o sistema *judicare* é um sistema onde os advogados particulares são pagos pelo Estado e a assistência judiciária é estabelecida a todos que se enquadram nos termos da lei, visando proporcionar representação aos litigantes de baixa renda.

Esse sistema provocou avanços na assistência judiciária, porém se mostra ineficaz em alguns aspectos, conforme crítica enunciada por Cappelletti e Garth (1988, p.38):

O *judicare* desfaz a barreira do custo, mas faz pouco para atacar barreiras causadas por outros problemas encontrados pelos pobres. Isso porque ele confia aos pobres a tarefa de reconhecer as causas e pedir auxílio; não encoraja e nem permite que o profissional individual auxilie os pobres a compreender seus direitos e identificar as áreas em que podem valer de remédios jurídicos.

Já no modelo de advogados remunerados pelos cofres públicos, o serviço deveria se prestado por escritórios de vizinhança, localizados em bairros pobres, visando atender os interesses das classes inferiores, sendo os advogados pagos pelos cofres públicos. (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p.38-40).

Para Cappelletti e Garth (1988, p.40) as vantagens apresentadas nesse sistema são maiores do que as apresentadas em relação ao sistema anterior, pois “[...] ele ataca outras barreiras ao acesso individual, além dos custos, particularmente os problemas derivados da desinformação jurídica pessoal dos pobres”.

Porém esse sistema apresenta algumas desvantagens, dentre as quais estão a capacidade de criar advogados para atuarem em razão dos interesses dos pobres e a dependência governamental apresentada. (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p. 41-42).

Dessa forma, alguns países fizeram a combinação destes dois modelos, pois notaram que estes sistemas podem se complementar, assim é oferecida a escolha entre advogados servidores públicos ou advogados particulares. (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p.43).

Conforme esclarece Cappelletti e Garth (1988, p.44):

Este modelo combinado permite que os indivíduos escolham entre serviços personalizados de um advogado particular e a capacitação especial de advogados de equipe. Dessa forma, tanto as pessoas menos favorecidas, quanto os pobre, podem ser beneficiados.

Tem-se que com a assistência judiciária, as barreiras ao acesso à justiça começam a ceder, porém esse não pode ser o único enfoque dado à reforma do acesso à justiça, há outros como a limitação dos advogados para atender os pobres, a questão das pequenas causas e reivindicação dos interesses difusos. (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p.47-48).

Desse modo foi enunciada a segunda onda renovatória que se refere à representação dos interesses difusos, conforme explicam Cappelletti e Garth (1988, p. 49): “O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres.”

Segundo enunciam Cappelletti e Garth (1988, p.49), essa segunda onda trouxe reflexões sobre noções de processo civil:

Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas de processo civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida uma verdadeira ‘revolução’ está se desenvolvendo dentro do processo civil.

Em razão da representação dos interesses difusos, o processo deixou de ser visto apenas como uma relação entre duas partes, no qual os procedimentos processuais não facilitavam a demanda dos interesses difusos proposta por

particulares, com a reforma houve uma transformação de conceitos básicos como a citação e o direito de ser ouvido. (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p. 50).

Afirmam Cappelletti e Garth (1988, p. 51) que :

A visão individualista do processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com a preocupação social coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos 'direitos públicos' relativos a interesses difusos.

Já a terceira onda trazida se refere a uma concepção mais ampla com enfoque ao acesso à justiça. Conforme ilustra Cappelletti e Garth (1988, p. 67):

Essa 'terceira onda' de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.

Essa nova onda resulta dos movimentos anteriores, tendente a proporcionar o efetivo acesso à justiça dos grupos que durante muito tempo estiveram privados de uma justiça igualitária. (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p.68).

Para que se possa garantir o pleno e eficaz acesso à justiça, faz-se necessário uma série de reforma, segundo elucida Cappelletti e Garth (1988, p. 71):

Esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimentos, mudança nas estruturas dos tribunais ou criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinado a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera da representação judicial.

Dessa forma, vê-se que o enfoque sobre o acesso à justiça é um tema que há muito tempo se discute, tendo em vista a grande importância que representa, pois a justiça é um direito que todo o cidadão possui e, além disso, é um dever do Estado, que tem a obrigação de garantir todos os meios necessários para que qualquer um possa fazer uso do seu acesso à justiça e ver seu direito concretizado.

Como visto, verificando o período que o Brasil era colônia, que todo o poder se centrava nas mãos de poucos, com as ideias trazidas nas ondas

renovatórias, tem-se que hoje muita coisa melhorou, pois o acesso à justiça passou a ser considerado direito fundamental, tendo suas garantias protegidas, porém muitos obstáculos ainda são encontrados, impossibilitando a plena efetivação deste direito tão importante num Estado que preza pela igualdade e pela dignidade da pessoa humana.

3.2.2 Obstáculos ao acesso à Justiça: Econômico, Organizacional e Processual

Para garantir o pleno acesso à justiça alguns obstáculos deverão ser superados para que assim os excluídos da prestação jurisdicional possam fazer valer seu direito de ter acesso à justiça.

Conforme esclarece Marinoni (2012, p. 314) acerca do tema:

O direito de acesso à justiça- visto como um direito do autor e do réu- é um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social, e assim não pode ser visto como um direito formal e abstrato- ou como um simples direito de propor a ação a apresenta defesa-, indiferentemente dos obstáculos que possam inviabilizar seu efetivo exercício.

Dentre os obstáculos que podem inviabilizar o acesso à justiça, está a questão econômica, tendo em vista que uma certa parcela da população, desprovida de recursos monetários, não possui condições de arcar com as custas que um processo envolve. Para acabar com a barreira do difícil acesso à justiça é preciso eliminar as dificuldades econômicas, a justiça não deve se tão cara a fim de proporcionar o desânimo em adentrar com uma causa em juízo, além do mais a lei da assistência judiciária integral e gratuita deve ser cumprida, garantindo os meios necessário para que a justiça seja estendida a todos, com todos os meios e recursos disponíveis. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 40).

Para Silva (2012, p. 158), devem ser criadas condições econômicas e sociais para que se efetive o gozo dos direitos fundamentais no que tange ao acesso à justiça, dispondo que:

Não basta, porém, o Poder Público oferecer serviços de assistência jurídica aos necessitados para que se efetive na prática o direito de acesso à justiça. Enquanto não se criarem as condições econômicas e sociais, indispensáveis ao gozo dos direitos fundamentais, sempre haverá dificuldades para a implantação do princípio da Justiça igual para todos, porque a relação de injustiça está na própria configuração da ordem social.

Uma ordem social injusta, não pode produzir um processo justo, nem, por certo, um sistema judicial de solução justa dos conflitos de interesse.

Outros fatores que interferem na realização do acesso à justiça giram em torno da organização judiciária e da questão processual, tendo em vista que a grande demanda de ações e a burocratização excessiva dos procedimentos acabam ocasionando uma demora exagerada, denegando o efetivo acesso à justiça. (RODRIGUES, 1994, p. 45).

Conforme assevera Rodrigues (1994, p. 44): “A efetividade do acesso à justiça passa também, necessariamente, pela existência de instrumentos processuais acessíveis e céleres na resolução dos conflitos de interesse, que são levados ao Judiciário.”

Para Marinoni (1999, p. 34): “A questão da morosidade do processo está ligada fundamentalmente, à estrutura do Poder Judiciário e ao sistema de tutela dos direitos.”

Corroborando, ainda mais com o entendimento, acerca dos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário para a efetivação do acesso à justiça, Rodrigues (1994, p. 46) dispõe que:

O Poder Judiciário possui alguns problemas estruturais e históricos que interferem diretamente na questão do acesso à justiça. Entre eles se pode destacar: a morosidade existente na prestação jurisdicional; a carência de recursos materiais e humanos; a ausência de autonomia efetiva em relação ao Executivo e ao Legislativo; a centralização geográfica de suas instalações, dificultando o acesso de quem mora nas periferias; o corporativismo de seus membros; e a inexistência de instrumentos de controle externo por parte da sociedade.

Em relação a questões processuais, conforme se retira dos ensinamentos de Marinoni (1999, p. 99): “O processo, como instrumento, tem por fim realizar os direitos e eliminar os conflitos.”

Entretanto, a legislação processual, formada com excesso de burocracia, e por falta de instrumentos processuais céleres e acessíveis, faz com que ocorra a demora na tramitação do processo, denegando a efetividade do acesso à justiça. (RODRIGUES 1994, p. 44).

Salienta Marinoni (1999, p. 100) que a técnica processual não pode ser pensada de modo formalista, devendo permanecer a forma do ato quando absolutamente necessária para a consecução de seu objetivo.

Estudando o entrave ao acesso à justiça, menciona Rodrigues (1994, p. 47):

Em resumo, a burocratização do Poder Judiciário, os longos prazos que transcorrem entre o ingresso em juízo e o resultado final dos processos e a inadequação de muitas de suas decisões aos valores sociais fazem com que, em muitos momentos, haja uma série de questionamentos sobre a sua legalidade. Isso afasta dele uma série de conflitos que passam a ser solucionados por vias alternativas, muitas das quais significam, na prática, o retorno à autotutela e à barbárie.

Contudo, as barreiras existentes ao acesso à justiça não podem ser eliminadas de uma só vez, pois os problemas referentes ao acesso estão, muitas vezes, relacionados, sendo que as mudanças tendentes a melhorar de uma forma, podem piorar de outra. Dessa maneira, faz-se necessário um estudo sério do problema do acesso à justiça, não negligenciando o inter-relacionamento entre as barreiras existentes (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p. 29).

3.3 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Com o advento da Emenda Constitucional 45/2004, a Constituição Federal trouxe para seu bojo de direitos fundamentais, a razoável duração do processo. (BRASIL, 1988).

Esse novo direito tem por objetivo a garantia de um processo célere, sem delongas indevidas ou injustificadas. Contudo, em muitos casos, a razoável duração do processo é um direito que ainda não é concretizado da devida maneira, fazendo necessária uma maior observância na hora da aplicação desse direito fundamental, tendo em vista a importância que apresenta para um processo justo, eficiente e eficaz.

3.3.1 Concepção de direito fundamental

A Constituição Federal de 1988 elenca no seu Título II os direitos e garantias fundamentais, trazendo um rol de direito que devem ser assegurados e observados na hora do seu exercício. (BRASIL, 1988).

Ao tecer comentários acerca do entendimento de direito fundamental, Silva (2012, p. 178) esclarece que os direitos fundamentais trazem a concepção do

mundo e informam a ideologia política, concretizando a garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Infere-se ainda dos ensinamentos de Silva (2012, p. 178) acerca dos direitos fundamentais que:

No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais as pessoas humanas não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do *homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Segundo Marinoni (2012, p. 71): “Os direitos fundamentais não apenas garantem direitos subjetivos, mas também fundam princípios objetivos orientadores do ordenamento jurídico.”

Os valores afirmados pelas normas de direitos fundamentais incidem sobre todo o ordenamento jurídico, necessariamente sobre sua compreensão e a sua atuação. (MARINONI, 2012, p. 72).

Dessa forma, para que a função jurisdicional seja prestada de forma eficiente, não deve infringir os direitos fundamentais, dentre os quais está a razoável duração do processo, que orienta para uma atuação jurisdicional sem delongas injustificadas e principalmente para uma decisão justa e eficaz.

3.3.2 A Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional 45/2004

Após longo período de tramitação, no final do ano de 2004, foi aprovada e publicada a Emenda Constitucional nº 45, incorporando ao artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, que estabelece 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.” (BRASIL, 1988).

Entretanto, antes mesmo de a Constituição Federal prever o direito à razoável duração do processo, o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, já estabelecia que toda pessoa tem direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável, por isso há muito tempo já se devia obediência a esse preceito, garantindo a prestação jurisdicional de forma efetiva e sem delongas indevidas. (ANNONI, 2003, p. 92).

Ao mencionar acerca da instituição pela Emenda Constitucional da razoável duração do processo, Santana (2009, p.77-78) dispõe que:

Nesse prisma constitucional do processo, vale ressaltar que o direito a uma ordem justa, como preceito fundamental, já se encontrava inserido, no inciso XXXV d art. 5º da Carta Magna (garantidor do livre acesso ao Judiciário), o que por si só, dispensaria a “inovação” trazida pela EC 45/04. Ademais, a prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável, já se encontrava prevista entre os direitos fundamentais do ser humano (arts. 8º, 1. e 25, 1., da Convenção Americana sobre direito humanos – Pacto de São José da Costa Rica).

No mesmo sentido assinala Abreu, G. (2008, p. 81) sobre a observância da razoável duração do processo:

Anteriormente à referida Emenda Constitucional, a obrigatoriedade da prestação jurisdicional em um prazo razoável já era justificada como um dos corolários da garantia do acesso à justiça, pressupondo a tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Contudo, o prazo da duração do processo não era observado, conforme expõe Dinamarco (2010, p. 210), referindo-se que as reformas se atrelaram da inaptidão do judiciário em oferecer uma justiça em tempo razoável, pois a instituição da razoável duração do processo pela Emenda Constitucional nº 45 tem o objetivo evitar as decisões tardias que consistem, por sua vez, em antidemocráticas, com sua utilidade reduzida ou mesmo neutralizadas por inteiro.

Traçando comentários acerca da Emenda Constitucional nº 45, consagradora da razoável duração do processo, Silva (2012, p. 432) esclarece que:

De fato, o acesso à justiça só por si já inclui um prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado- mas crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrava; daí cria-se mais essa garantia constitucional, com o mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficiência, porque não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que num passe de mágica, tudo se realize como declarado. Demais a norma acena para a regra da razoabilidade cuja textura aberta deixa amplas margens para apreciação da razoabilidade da duração dos processos a seu cargo.

Dessa forma, conforme elucida Theodoro Júnior (2009b, p. 90), que apesar da norma não estabelecer o que vem a ser entendido como razoável duração do processo, não é difícil de detectar, caso a caso, a irrazoabilidade processual, dispondo que:

A garantia da duração razoável do processo está enunciada como cláusula geral, já que o inciso LXXVII da CF não fornece textualmente dados certos para determinar quando, de forma objetiva, a duração deixaria de ser razoável. No entanto, não é difícil, caso a caso, detectar a irrazoabilidade das delongas procedimentais implantadas pela conduta maliciosa da parte, ou pela desídia das autoridades responsáveis pela marcha do feito, ou, ainda, pela burocracia inconveniente derivada de procedimentos e incidentes racionalmente injustificáveis e, não obstante, conservados pelo direito positivo.

Por certo, o conceito de prazo razoável é aberto, contudo para poder determiná-lo três critérios devem ser levados em conta: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes; c) a atuação do órgão jurisdicional. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p 92).

Dessa forma, segundo esclarece Theodoro Júnior (2009b, p. 90-91):

Antes de tudo, a duração que ultrapassa o razoável é um problema que somente pode ser enfrentado e dirimido em face de dados concretos, os quais variam de um processo para o outro. É impossível, ou pelo menos impraticável, a pretensão de reduzi-la a uma única e exata proposição. O enfrentamento tem de ser feito empiricamente e seu objeto há de ser a causa concreta da demora do encerramento do processo. São motivos da sua real duração os fatos decisivos para se aferir se a duração foi justa ou injusta *in concreto*.

Assim, conforme assevera Marinoni (2008, p. 50):

O direito à duração razoável do processo faz surgir ao juiz o dever de, respeitando os direitos de participação adequada das partes, dar a máxima celeridade ao processo. E dar celeridade ao processo, nessa dimensão, implica não praticar atos dilatórios injustificados.

Nesse sentido, para que o processo seja justo e a decisão eficaz e tempestiva, assevera Annoni (2009, p. 122) que: “Para tanto é preciso que o processo disponha de mecanismos aptos para realizar a devida prestação jurisdicional, qual seja, de assegurar ao jurisdicionado seu direito real, efetivo e no menor tempo possível [...]”

Dessa forma, passando a razoável duração do processo a fazer parte da norma constitucional, cabe ao Poder Judiciário a sua observância, garantindo um processo célere, sem delongas injustificadas e principalmente com decisões que possuam utilidade, porém, sem deixar de lado as demais garantias constitucionais inerente ao devido processo legal.

3.3.3 Duração razoável do processo e devido processo legal

O cidadão que se socorre ao Poder Judiciário tem direito de obter uma resposta dentro de um prazo razoável, conforme preceitua a Constituição Federal, no entanto, não se pode deixar de observar a questão do devido processo legal na hora da prestação jurisdicional. (BRASIL 1988).

Conforme se retira dos ensinamentos de Silva (2012, p. 432), o devido processo legal:

Combinado com o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude de defesa (ART. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o processo e 'quando se fala em 'processo', e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais'.

Ao fazer referência às garantias que o devido processo legal apresenta, Cintra; Dinamarco; Grinover (2010, p. 88) dispõem:

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direito público subjetivo (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimamente do exercício da jurisdição.

Juntamente com o princípio do devido processo legal, tem-se o princípio da razoável duração do processo, que deve ser entendido no sentido de o juiz dar a máxima celeridade ao processo, não praticando atos dilatórios injustificados e respeitando o direito de participação das partes. (MARINONI, 2012, p. 227).

Acerca da instituição da razoável duração do processo como direito fundamental, garante Theodoro Júnior (2009b, p. 89), que "[...] já havia um consenso de que sempre esteve implícita na garantia do devido processo legal".

Evidentemente que a busca pela celeridade processual e a efetividade, não poderá comprometer outras garantias constitucionais, deverá haver a manutenção da segurança jurídica, levando-se em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (PEREIRA, 2012, p. 98).

Ao mencionar acerca da duração razoável do processo, Theodoro Júnior (2005, p. 26) afirma que esse princípio “trata-se de uma aproximação com o ideal do processo justo que, entre os constitucionalistas contemporâneos, funciona como um aprimoramento da garantia do devido processo legal”.

Desse modo, para assegurar o direito a uma ordem justa, devem ser observados os princípios do devido processo legal e do acesso à justiça, estes englobando todos os demais. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 90).

3.3.4 Caráter dúplice do direito fundamental à duração razoável do processo: direito individual e direito prestacional

Ao entrar em vigor a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a razoável duração do processo foi erigida à garantia fundamental, acrescentando-se no artigo 5º da Constituição Federal o princípio da duração razoável do processo, com todos os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, buscando garantir a efetividade da prestação jurisdicional. (PEREIRA, 2009, p. 99).

Acerca das garantias constitucionais em observância aos direitos fundamentais, elucida Bonavides (2011, p. 533-534):

Assim, estabelecida, temos visto nos ordenamentos constitucionais contemporâneos crescer de importância a figura da garantia constitucional, que repercute não somente no campo do direito constitucional de amplitude clássica, senão também que se dilata à esfera do direito processual, atraindo-o, no tocante à tutela jurisdicional da liberdade e dos direitos fundamentais, para o vasto território onde se renova e se amplia cada vez mais o estudo da matéria constitucional.

Por aí, percebe-se a amplitude das garantias constitucionais, bem como seu valor instrumental de meio defensivo, invariavelmente vinculado a uma prestação do Estado, ou seja, dos poderes públicos, quer pela via constituinte constituída (a reforma da Constituição pelo Legislativo), quer pelas vias regulares e ordinárias de exercício da função jurisdicional (Poder Judiciário). Mas não é possível fazê-las eficazes senão num ordenamento que concretize em toda a plenitude os postulados do Estado de Direito, sem os quais nem vinga a liberdade nem os direitos humanos tem a devida proteção.

O Estado assumiu não apenas o dever de declarar os direitos fundamentais, mas sim o de implantá-los e o de torná-los efetivo. (THEODORO JÚNIOR, 2009b, p. 87).

Dessa maneira, a duração razoável do processo, além de ser um direito fundamental, deve ser entendida como um direito prestacional, que caberá ao Poder

Judiciário garantir todos os recursos a fim de dar efetividade ao preceito constitucional, segundo se retira dos ensinamentos de Marinoni (2008, p.43):

O direito à duração razoável é agora garantido por um postulado constitucional autônomo (inciso LXXVIII), tornando fora de dúvida o dever de o Estado dar tempestividade à tutela jurisdicional, mediante atuações do legislativo, do administrador e do juiz.

Tendo em vista que a demora da prestação jurisdicional se consolida como ofensa ao direito do cidadão de ter uma prestação jurisdicional pronta e eficaz e cai no conceito de serviço público imperfeito. (ANNONI, 2003, p. 76).

Além do mais as garantias fundamentais são de aplicação imediata, não dependendo de regulamentação por legislação ordinária, gerando direito subjetivo para os seus destinatários, os quais podem exigir dos juízes e tribunais que a duração razoável do processo seja cumprida. (THEODORO JÚNIOR, 2009b, p. 90).

Desse modo, não adianta apenas o direito à razoável duração do processo estar garantido constitucionalmente, para que este direito possua eficácia e realize sua função, é preciso realizar ações que buscam concretizá-lo plenamente, efetivando, assim, um processo justo e eficaz.

3.3.5 Concretização do direito fundamental à duração razoável do processo: atuação do judiciário

A proclamação do direito a razoável duração do processo como um direito fundamental proporcionou a garantia de um processo célere, impondo ao Poder Judiciário o dever de garantir a tramitação do processo em um prazo que seja razoável dentro do contexto social do qual o litígio se originou. Essa garantia constitucional deve prevalecer como um norte na política judiciária, com reflexo na organização e administração dos órgãos jurisdicionais. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 27).

Segundo leciona Moraes (2012, p.113): “Os processos administrativos e judiciais devem garantir todos os direitos às partes, sem, contudo, esquecer a necessidade de desburocratização de seus procedimentos e na busca de qualidade e máxima eficiência de suas decisões.”

O aprimoramento do procedimento legal é uma das formas de se combater a protelação desarrazoada da tutela jurisdicional, contudo, a denegação

da justiça pela demora excessiva é intolerável, decorrendo principalmente em virtude da má funcionalidade dos serviços judiciais. (THEODORO JUNIOR, 2009b, p. 93).

Entretanto, não cabe ao Estado se esquivar da prestação jurisdicional em prazo razoável sob o argumento da falta de estrutura em razão da grande demanda de processos, conforme ressalva Annoni (2003, p.85):

Contudo, o excesso, o infindável número de processos, a falta de estrutura, de funcionário ou de juizes, não podem ser considerados como justificativa para a lentidão da tutela jurisdicional. Cabe ao Estado de Direito, precipuamente, a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, e o acesso à justiça, não há quem duvide, é direito essencial do ser humano, bem como a vida, pois, é por meio dele que é possível ao cidadão materializar os demais, ou, ou pelo menos, ser justamente ressarcido do prejuízo que o vitimou.

Dessa maneira, não pode o Poder Judiciário se valer da desculpa do acúmulo de trabalho, pois assim está fazendo verdadeira confissão de que não está respondendo com o seu dever de prestação jurisdicional de modo tempestivo. (MARINONI, 2008, P. 49).

Conforme se extrai dos ensinamentos de Theodoro Júnior (2009b, p.93-94):

Não é difícil, pois, na ordem prática, implantar uma política gerencial de aprimoramento dos serviços judiciários, inspirada no programa traçado pela CF com vistas a tornar realidade o processo de duração razoável. Mais uma vez é preciso afastar a doutrina processual do campo estéril da pura conceituação teórica do que seria a *duração razoável* erigida à categoria de direito fundamental em estreita consonância com as garantias maiores do *devido processo legal* e do *acesso pleno à tutela jurisdicional efetiva*. Antes de qualquer esforço acadêmico conceitual é preciso dar conteúdo prático e imediato ao novo direito fundamental, concebido que foi uma conjuntura da *crise da justiça* caracterizada basicamente pela *excessiva e intolerável* demora com que os processos concluem os provimentos destinados a realizar a definitiva composição do litígio.

Tem-se, conforme expõe de Annoni (2003, p.82) que é “[...] inegável o fato de que, quanto mais distante da ocasião propícia for proferida a sentença, mais fraca e ilusória será sua eficácia, e em corolário, também mais frágil e utópico será o direito reconhecido”.

Dessa forma, ante os postulados do princípio da legalidade, e principalmente da razoável duração do processo, cabe ao Poder Judiciário primar pela boa realização da função jurisdicional, garantindo o amplo acesso à justiça, enfrentando todos os obstáculos tendentes a distanciar o cidadão do Poder

Judiciário e garantindo o julgamento do processo em um tempo razoável, no qual as decisões sejam úteis e eficazes.

Contudo, quando o Poder Judiciário retarda o julgamento do processo, não cumprindo com o preceito constitucional da razoabilidade da duração processual, danos podem ser ocasionados aos jurisdicionados que esperam por uma solução tempestiva e efetiva, dessa forma, em razão dos prejuízos ocasionados, caberá verificar se ao Estado pode ser incidida a responsabilidade civil em virtude da intempestividade processual.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA DEMORA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A responsabilidade civil do Estado pela demora da prestação jurisdicional é um tema que desperta a atenção em virtude dos danos que a delonga na resolução da lide pode ocasionar aos litigantes que confiam e esperam do Poder Judiciário uma resposta pronta e eficaz, capaz de solucionar o litígio e garantir a justiça almejada. (DIAS, 2004, p. 160).

Contudo, juridicamente não é aceita a tese de responsabilização do Estado pela demora processual, várias teorias baseiam essa opinião, em especial a que garante ser o Poder Judiciário um poder soberano, sendo assim, imune a responsabilização pelos seus atos. (DELGADO, 1996, p. 49).

Porém, grande parte da doutrina se mostra favorável à responsabilidade do Estado pelo exercício da atividade jurisdicional, principalmente pelo fato do Poder Judiciário se enquadrar na categoria de serviço público, devendo insurgir a ele a aplicação da regra do artigo 37, §6 da Constituição Federal. (ANNONI, 2009, p. 105).

Dessa forma, tendo em vista a grande divergência que o tema apresenta, faz-se necessário verificar as peculiaridades de cada uma das opiniões contrárias e favoráveis à responsabilidade civil do Estado pela demora da prestação jurisdicional, bem como delimitar o que vem a ser caracterizado como demora injustificada e os prejuízos que esta acarreta aos cidadãos que se socorrem ao Poder Judiciário, para que, dessa forma, possa-se verificar se realmente o Estado pode ser responsável civilmente pela demora da prestação jurisdicional.

4.1 A MOROSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O Estado avocou para si a prestação jurisdicional, dessa maneira, os serviços judiciários devem ser prestados com qualidade e eficiência, porém ocorre que o exercício da atividade jurisdicional está deixando a desejar, frustrando assim os direitos de quem se socorrem ao Poder Judiciário. (SERRANO JÚNIOR, 1997, p.123-124).

A morosidade da prestação jurisdicional ocasiona sérias consequências às partes litigantes, conforme leciona Cavalieri Filho (2010, p. 278):

Por seu turno, o serviço judiciário defeituoso, mal-organizado, sem os instrumentos materiais e humanos adequados, pode, igualmente, tornar inútil a prestação jurisdicional e acarretar graves prejuízos aos jurisdicionados pela excessiva morosidade na tramitação do processo. Os bens das partes se deterioram, o devedor desaparece, o patrimônio do litigante se esvai, etc.

Tem-se que a morosidade da prestação jurisdicional é um fator agonizante para quem espera por uma decisão, ferindo o dispositivo constitucional do devido processo legal, pois em muitos casos as partes preferem valer de seus próprios meios a ter que enfrentar uma longa espera pela tutela jurisdicional. Tendo em vista que o Estado vedou a autotutela, tem ele a obrigação de compor os litígios postos sob sua égide, devendo zelar pela eficiência de seus serviços, fazendo com que o tempo da duração do processo não sirva de empecilho para a devida prestação jurisdicional. (VARGAS, p. 60, 1999).

Conforme leciona Dinamarco (2010, p. 870-871), acerca das consequências advindas da morosidade processual:

Há direitos que sucumbem de modo definitivo e irremediável quando a tutela demora e há também situações que, mesmo não desaparecendo por completo a utilidade das medidas judiciais, a espera pela satisfação é fator de insuportável desgaste, em razão da permanência das angústias e incertezas (dano marginal do processo). Ocorre ainda o desgaste do processo mesmo, como fator de pacificação com justiça, o que sucede quando o decurso do tempo atinge os meios de que ele precisa valer-se para o cumprimento de sua missão social (provas e bens).

Corroborando com os entendimentos que a morosidade da prestação jurisdicional causa prejuízos a quem se socorre ao Poder Judiciário, Rizzardo (2007, p 386- 387) aduz da seguinte maneira:

Inquestionáveis os prejuízos que resultam da demora na prestação jurisdicional. Os processos, depois de instruídos e concluídos, permanecem, não raramente, durante anos conclusos a juiz. Para a realização de uma audiência, decorre um considerado lapso de tempo. Há sucessivas postergações na prática de atos processuais, por vários fatores, na maior parte das vezes em razão da deficiência dos serviços, do despreparo dos funcionários, do completo desinteresse.

O processo deve proporcionar a rápida efetivação do direito da parte que tem razão, garantindo, dessa maneira, a eficaz solução da lide, pois a demora na resposta jurisdicional representa uma grave injustiça, na medida em que invalida toda a eficácia prática da tutela jurisdicional. (THEODORO JÚNIOR, 2009a, p. 649).

Ademais, a função jurisdicional, sendo um serviço público deve zelar pelo princípio da eficiência na prestação dos serviços, segundo leciona Medauar (2011, p. 136-137):

Agora eficiência é princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se à ideia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.

Dessa forma, tem-se que, pelo princípio da eficiência caberá a obrigação dos serviços públicos serem realizados com rapidez, perfeição e rendimento, devendo satisfazer o interesse de quem os utiliza, valendo-se de técnicas e conhecimentos necessários para a execução dos serviços ser a melhor possível, trazendo resultados positivos para o interesse da coletividade. (GASPARINI, 2009, p. 22).

Assim, o serviço público jurisdicional deverá ser prestado pelo Estado sem dilações indevidas, cujos atos sejam realizados nos prazos estipulados pelo ordenamento jurídico, zelando, dessa maneira, pela sua eficiência e evitando danos decorrentes da inobservância dos preceitos constitucionais. (DIAS, 2004, p. 116).

4.1.2 Atos do judiciário que causam demora

O poder judiciário como poder autônomo, com estrutura administrativa própria e serviços definidos, ao exercer suas atividades pratica atos jurisdicionais e atos não jurisdicionais, estes são caracterizados como atos judiciais ou meramente administrativos, cabendo diferenciá-los. (CAHALI, 2007, p. 514).

Ao fazer menção sobre a distinção entre a atividade jurisdicional e a atividade judiciária, Cavalieri Filho (2010, p. 274) dispõe da seguinte forma:

A primeira é realizada exclusivamente pelos juízes, através de atos jurisdicionais típicos, como decisões, sentenças, liminares, acórdãos, específicos da função de julgar, mas no Judiciário não atuam apenas os juízes; labuta também uma multidão de servidores praticando uma infinidade de atos judiciários, no preparo e andamento dos processos, no cumprimento das determinações dos juízes etc. O próprio juiz pratica diariamente inúmeros atos na administração do seu cartório e no

ordenamento dos processos, que não são jurisdicionais. Essa é a atividade judiciária.

A expressão atos judiciários é empregada para designar atos de administração, de apoio ao Poder Judiciário, já os atos jurisdicionais são aqueles praticados pelo magistrado no exercício de sua função, como os despachos, decisões interlocutórias e sentenças. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 621).

Contudo analisando o tema, Cahali (2007, p. 474) assevera que a função judiciária é mais ampla e engloba função jurisdicional, pois naquela função se enquadram todos os atos praticados pelo Estado–juiz e seus auxiliares, destinados à perfeita consecução da prestação jurisdicional.

Corroborando com os entendimentos, Cretella Júnior (2002, p. 240) traz sua definição das atividades prestadas pelo Poder Judiciário:

Judiciais (=judiciários) são todos os desempenhos do Poder Judiciário, específico ou não, sem se indagar a natureza intrínseca, contenciosa ou voluntária do desempenho. Tudo o que promana do Poder Judiciário é atividade judicial, orgânica ou formalmente considerada. Não porém, sob o aspecto material ou substancial, que é a atividade considerada, em si e por si, independentemente da forma como emana.

As atividades judiciais esgotam, assim, todas as possibilidades funcionais do Poder Judiciário, as jurisdicionais, não: são apenas uma parte- o gênero- das atividades judiciárias.

Assim, diversos são os atos do judiciário que causam demora na prestação jurisdicional, verificando as causas da morosidade, Stocco (2007, p. 1080), menciona algumas causas da lentidão que assola o Poder Judiciário:

Inúmeras são as causas próximas e remotas dessa lentidão, iniciando, em um extremo, na legislação ultrapassada, anacrônica e extremamente formal, não obstante as inúmeras alterações pontuais no Código de Processo Civil ; passando pela penúria imposta a esse Poder, diante da quase inexistência de verba orçamentária para sua dinamização, modernização e crescimento; encontrando justificção no excessivo número de recursos previstos na legislação processual e nas inúmeras medida protelatórias postas à disposição das partes e terminando no outro extremo, qual seja a conhecida inexistência em números suficientes de magistrados, membros do Ministério Público, Procurados da República e do Estado para atender à enorme pletera de feitos em andamento.

Fazendo apontamentos acerca da prestação dos serviços judiciários, Serrano Júnior (1997, p. 124) afirma que:

Infelizmente, a constatação é que os serviços judiciários estão deixando a desejar em termos de qualidade e eficiência, frustrando, assim, direitos, os quais deixam de galgar sua realização em concreto. Falta de juízes, falta de funcionários, mau preparo técnico dos serventuários da justiça, timidez e lentidão dos órgãos corretores no sentido de apurar as faltas e punir devidamente os maus servidores e juízes que tenham descurados de seus deveres funcionais, carência da infra-estrutura para atender a cada vez mais acentuada demanda da sociedade pelos serviços judiciários constituem uma dura realidade.

Pois nos dias atuais, tem-se que a maior denegação de justiça pela demora da prestação jurisdicional ocorre da má funcionalidade dos serviços judiciários, cabendo que esses serviços sejam revistos e reorganizados, a fim de que possam cumprir com os prazos que a lei determina, garantindo, dessa forma, a tramitação do processo dentro dos ditames da duração razoável. (THEODORO JÚNIOR, 2009b, p. 93-94).

4.1.3 Caracterização do dano pela demora

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual, pois não há responsabilidade se não houver uma lesão a um bem jurídico para reparar, pois a responsabilidade civil resulta em uma obrigação de ressarcir, devendo o prejuízo ser comprovado. (DINIZ, 2012, p.77).

Fazendo referência ao dano decorrente da responsabilidade objetiva do Estado, Cahali (2007, p.68) assevera que:

No plano da responsabilidade objetiva do direito brasileiro, o dano ressarcível tanto resulta de um ato doloso ou culposo do agente público, como também de ato que, embora não culposo ou revelador de falha da máquina administrativa ou do serviço, tenha-se caracterizado como injusto para o particular, como lesivo ao seu direito subjetivo.

Dessa maneira, o Estado-juiz, ao prestar sua atividade, gera graves prejuízos ao cidadão, principalmente em virtude do serviço judiciário imperfeito, ocasionado pela demora da prestação jurisdicional. Os danos, oriundos da atividade prestada pelo Poder Judiciário, geram, na maioria das vezes situações irreversíveis para o particular, exigindo, assim, a consideração da responsabilidade estatal. (ANNONI, 2009, p. 14).

Ao mencionar acerca dos danos e das consequências que a demora na solução da lide ocasiona aos jurisdicionados, Annoni (2009, p. 115), ressalta que:

A morosidade da justiça, além de ofensa ao direito fundamental do ser humano ao acesso à justiça, aqui entendido como direito à prestação da justiça de maneira completa e eficiente, pronta e objetiva, e não mais como o simples direito de acesso aos tribunais, é causa de inúmeros outros ônus sociais, como os encargos contratuais, as dificuldades de financiamento e investimentos e lesões aos direitos do consumidor.

Analisando os danos que advém da morosidade da prestação jurisdicional, Alcântra apud Stoco (2007, p. 1081) alerta que: “Frequentemente a demora na entrega da prestação jurisdicional é causa de perecimento de direito e consequentes lesões ao patrimônio do particular.”.

Desse modo, a injustificada demora da prestação jurisdicional tem gerado a total insatisfação das pessoas que buscam do Poder Judiciário uma resposta, pois a Constituição Federal garante um processo sem delongas injustificadas, devendo o Estado prestar por essa garantia e ser responsabilizado pelos prejuízos que acarretar às vítimas em razão da demora da prestação jurisdicional. (ANNONI, 2009, p. 148).

Sendo que a função jurisdicional é mais do que um dever do Estado, é um direito fundamental das pessoas, devendo o Estado zelar pela devida prestação jurisdicional, pois uma prestação defeituosa, intempestiva, motivada por dilações indevidas, impõe prejuízos aos particulares acarretando a responsabilidade do Estado. (DIAS, 2004, p. 2003).

Porém, em se tratando da incidência da responsabilidade civil por atos praticados pelo Poder Judiciário, há divergência doutrinária e jurisprudencial, fazendo-se necessário estudar os argumentos contrários à responsabilização do Estado, bem como os favoráveis, para assim, poder verificar a abrangência da responsabilidade civil do Estado em decorrência de danos ocasionados pela demora da prestação jurisdicional.

4.2 TESES CONTRÁRIAS À RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO

Em razão da demora da prestação jurisdicional danos são acarretados aos cidadãos que se valem de seu direito constitucional de acesso à justiça, porém a incidência da responsabilidade civil do Estado por prejuízos provocados pela prestação jurisdicional é rebatida pela jurisprudência e por alguma parte da doutrina,

sob à égide de vários argumentos, nos quais o Poder Judiciário fica imune de responsabilização.

Conforme determina a Constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros [...]” (BRASIL, 1988), tem-se que, esta regra constitucional não faz distinção entre as atividades prestadas pelo Estado, sendo que qualquer ramo da atividade estatal ensejaria a responsabilidade civil, quando, por seu turno, vier a acarretar prejuízos ao particular.

Nesse diapasão, a responsabilidade civil do Estado deverá incidir sobre toda e qualquer atividade estatal lesiva, pois a qualquer das atividades estatais essenciais, qual sejam: a administrativa, legislativa ou judiciária, que vier causar prejuízos decorrentes de atos contrários ao direito, deverá ser aplicada a responsabilidade civil, visto que o princípio da responsabilidade restou positivado no texto da Constituição. (DIAS, 2004, p. 158).

Contudo, em se tratando de responsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário o entendimento diverge, no sentido de que não cabe a responsabilização em razão de danos provocados pela prestação da atividade jurisdicional. (DIAS, 2004, p. 160).

Fazendo menção às teses contrárias à responsabilidade do Estado em virtude de prejuízos oriundos da prestação jurisdicional, Annoni (2009, p. 105) aponta os principais argumentos contrários:

As teses contrárias à responsabilidade do Estado pela atividade judiciária são ainda mais incisivas no que diz respeito ao magistrado como agente estatal. Dos argumentos apontados os principais são: 1) a soberania do Poder Judiciário; 2) a independência da magistratura; 3) a ausência de texto legal expresso; 4) a incontrastabilidade da coisa julgada; 5) a atividade judiciária não é um serviço público; 6) o magistrado não é agente público.

Cahali (2007, p. 502), também faz referência às teses contrárias a responsabilização do Estado em razão de atos jurisdicionais, argumentando da seguinte forma:

De todo o esboço se dá conta que doutrina e jurisprudência se fixam no sentido da não responsabilidade civil do Estado pelos atos judiciais, salvo disposição legal expressa, em função dos seguintes princípios: 1) a responsabilidade civil do Estado disciplinada no art. 37, § 6º, da

Constituição de 1988 (e de similar disposição das Constituições anteriores) não compreende os danos resultantes da atividade judiciária, não se qualificando o juiz como funcionário ou agente do Estado; o Judiciário é um Poder que se exerce na prestação jurisdicional; 2) a sentença é um ato de soberania, nas mesmas condições em que é o provimento emanado do Poder Legislativo; 3) a independência do magistrado não permite que esteja ele exposto o constrangimento de decidir em desacordo com a sua consciência, sob pena de ser demandado por esta ou aquela parte; 4) os efeitos da coisa julgada induzem a presunção de justiça da sentença; 5) eventuais erros do juiz no desempenho de sua atividade somente podem ser levados à conta da falibilidade humana, restando sua responsabilidade apenas em caso de dolo ou fraude.

Dessa forma, ao sustentar a tese da soberania do Poder Judiciário, tem-se que este poder, ao exercer suas funções, seria intocável, detendo do poder supremo e não se sujeitando à ordem jurídica, evidenciando, esse argumento, verdadeiro resquícios da teoria da irresponsabilidade estatal. (ANNONI, 2009, p. 106).

Porém, a posição do Supremo Tribunal Federal vigora no sentido de que não cabe responsabilidade civil do Estado em consequência dos atos jurisdicionais, pois a soberania estaria inerente neste poder, conforme assevera Cavalieri Filho (2010, p. 272):

A nossa Suprema Corte também entendeu que o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um privilégio da soberania. Assim pela demora da decisão de uma causa responde o juiz, quando incorrer em dolo ou fraude ou, ainda, sem justo motivo, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte (RE 70.121-MG, RTJ 64/689).

Entretanto, o argumento da soberania do Poder Judiciário, esbarra no fato de que cabe obediência de todos os poderes à lei e especialmente à Constituição Federal e, ademais, a soberania é do Estado, significando a inexistência de qualquer outro poder acima dele. (DI PIETRO, 2012, p. 717-718).

Conforme menciona Dias (2004, p. 162): “[...] juízes e tribunais, órgãos do Estado que exercem a jurisdição, segundo as normas que compõe o ordenamento jurídico, não podem ser qualificados soberanos [...]”

Dispõe ainda o autor supracitado (2004, p. 163), acerca do argumento da soberania do Poder Judiciário:

É certo que o Estado detém a soberania em nome do povo (comunidade política), que transparece no exercício do poder de criação e de aplicação

das normas que edita na composição de seu ordenamento jurídico e nas suas relações externas com outros Estados, mas não é menos certo que seus órgãos administrativos, legislativos e jurisdicionais não são soberanos, porque exercem funções específicas, nos exatos limites traçados pelo ordenamento jurídico, ao qual prestam irrestrita obediência e se vinculam de forma irreversível.

Outro argumento contrário à responsabilização do Estado gira em razão da independência dos juízes, conforme leciona Annoni (2009, p. 107): “Os defensores dessa teoria argumentam que a independência dos magistrados é fundamental, garantida constitucionalmente, a fim de salvaguardar a imparcialidade do juiz, valor essencial à aplicação da justiça.”

Rebatendo esse argumento, esclarece Diniz (2012, p. 694) que:

A independência da magistratura não é argumento viável para afirmar a irresponsabilidade do Estado, pois é precisamente porque a responsabilidade seria do Estado e não do juiz que a independência deste estaria assegurada. Não há oposição entre a independência do juiz e a responsabilidade estatal, uma vez que esta não atinge, de modo algum, a independência funcional do Magistrado.

Corroborando com os entendimentos, Annoni (2009, p. 108) enfatiza que: “A responsabilidade do Estado pela atividade judiciária em nada infere nas garantias da magistratura, uma vez que não ataca diretamente o magistrado.”

Acerca da ausência de texto legal, como argumento para que não tenha o Estado o dever de indenizar pelos danos oriundos atividade jurisdicional, sua defesa se faz no sentido de que como não inexiste previsão legal que preveja a responsabilidade civil do Estado em decorrência da atividade jurisdicional, não incidirá ao Estado o dever de reparação em razão de danos ocorridos. (DIAS, 2004, p. 171).

Contudo, conforme conclui Dergint apud Annoni (2009, p. 109): “[...] da omissão de lei expressa prevendo a responsabilidade estatal por atos judiciais não pode decorrer a imunidade do Estado, razão pela qual não se sustenta esse argumento como ilidente da responsabilidade estatal por atos jurisdicionais.”

A incontestabilidade da coisa julgada é outra tese levantada na hora de ilidir a responsabilidade civil do Estado em decorrência de atos jurisdicionais, para os defensores dessa teoria, a coisa julgada garante a segurança jurídica, segundo assinala Annoni (2009, p. 110):

Segundo seus defensores, a sentença judicial, erigida em coisa julgada, traz, ínsita, a presunção da verdade. A irresponsabilidade do poder público seria corolário inelutável da coisa julgada, porque admitir-se o contrário seria permitir que o princípio basilar da segurança jurídica sofresse perigosa ruptura, com afronta ao conteúdo de utilidade social da sentença e até a possibilidade de dano social.

Segundo esclarece Di Pietro (2012, p. 717), acerca do argumento que afronta a responsabilidade em virtude de ofensa a coisa julgada, dispõe que este argumento é utilizado no sentido de que “a indenização por dano decorrente de que a decisão judicial infringiria a regra da imutabilidade da coisa julgada, porque implicaria reconhecimento de que a decisão foi proferida com violação da lei”.

Dias (2004, p. 165) menciona os argumentos dos defensores da incontestabilidade da coisa julgada da seguinte maneira:

Assim, dizem os defensores da teoria da irresponsabilidade do Estado pela função jurisdicional, se as decisões judiciais estão revestidas desse efeito especial estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, que é a imutabilidade, depois de submetidas ao controle processual da impugnação recursal, possível sua reforma e a resultante correção de seus erros pelo esgotamento dos recursos adequados, não se pode admitir ressarcimento de eventuais prejuízos causados às partes ou a terceiros decorrentes do ato estatal de julgar, o ápice da função jurisdicional. Isto porque, esgotados os recursos e escoimada a decisão jurisdicional de passíveis erros, ela passaria em julgado, tornando-se inquestionável, isto é, presumida como verdade legal, e a coisa julgada resultaria infringida, se admitida a responsabilidade do Estado por danos causados pela sentença revestida daquela qualidade.

Entretanto, Annoni (2009, p. 111) traz em seu comentário, a posição contrária, na qual caberia a responsabilização do Estado em decorrência de atos jurisdicionais, mesmo quando se está diante da coisa julgada, esclarecendo que:

Inobstante, o argumento da incontestabilidade da coisa julgada falece diante do objetivo principal da responsabilização do Estado por atos jurisdicionais, qual seja – o dever de indenizar. Constituído o direito e imutável a coisa julgada, ainda resta ao prejudicado ver-se indenizado pelos danos que a atividade jurisdicional tenha-lhe causado. Na impossibilidade do restabelecimento da situação *status quo* por ofender a segurança jurídica, materializada em sede de coisa julgada, cabe ao Estado indenizar o lesado pelos prejuízos que teve de suportar, decorrentes de atos jurisdicionais injustos.

Corroborando com o entendimento Di Pietro (2012, p. 718) ao mencionar que: “Com efeito, o fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial, não implica mudança na decisão judicial.”

Por fim, há ainda quem argumente que o magistrado não se enquadra como funcionário público, não podendo, desse modo, desencadear a responsabilidade civil do Estado. Contudo, conforme esclarece Cretella Junior apud Diniz (2012, p. 694):

O juiz é o Estado administrando a justiça, logo, ao Estado não pode ser indiferente o interesse da justiça, e é no magistrado que tal interesse se apresenta e se personifica. O serviço judiciário é, portanto, serviço público, logo, se for lesivo, é serviço danoso do Estado, e obviamente, este deverá ser responsabilizado. A responsabilidade do Estado por atos judiciais seria uma espécie do gênero responsabilidade do Estado por atos oriundos do serviço público, porque ato judicial é ato de pessoa que exerce o serviço público judiciário. Há uma equiparação do Magistrado, para efeito de responsabilidade, ao funcionário público e do serviço de justiça ao serviço público, numa relação de gênero e espécie.

Além do mais, cumpre ressaltar que a regra do artigo 37, §6º da Constituição Federal, emprega o termo agente, para designar que o Estado responde pelos atos praticado por esta categoria, visando abranger todas as pessoas que prestam serviço ao Estado, estando, pois incluído nesta categoria o magistrado. (DI PIETRO, 2012, p. 718).

Conforme ressalta Silva Filho apud Stoco (2007, p. 1057) “os magistrados são agentes públicos, porque exercem atividade específica, própria e monopolizada pelo Estado. Respondem regressivamente quando agirem com dolo ou culpa.”

Dessa forma, não há como negar que ao exercer suas funções, o Poder Judiciário acarreta danos os cidadãos que se valem do seu direito de ação, contudo, pelas teses apresentadas não cabe a incidência da responsabilidade civil do Estado nos atos emanados do Poder Judiciário, sendo que os prejuízos oriundos da prestação jurisdicional terão que ser suportados pelos jurisdicionados.

4.3 TESES FAVORÁVEIS À RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO

Após se ter visto as teses contrárias à responsabilidade civil do Estado em decorrência de atos jurisdicionais e os argumentos que as rebatem, agora serão verificadas as manifestações favoráveis à responsabilidade civil do Estado em decorrência da atividade prestada pelo Poder Judiciário.

Conforme leciona Cahali (2007, p. 490): “A irreparabilidade do prejuízo causado pelo ato judicial danoso, último baluarte da teoria da irresponsabilidade civil do Estado, continua resistindo às investidas da doutrina mais veemente.”

Contudo, estão surgindo teses que admitem existir a responsabilidade do Estado em decorrência de atos praticados pelo Poder Judiciário. Conforme se extrai dos ensinamentos de Stoco (2007, p. 1058):

Ressuma óbvio, pois, que a atividade jurisdicional é a exteriorização do exercício do poder do Estado, razão pela qual se sujeita à mesma obrigação e responsabilidade atribuída às demais atividades exercidas pelos dois outros poderes, quando, quaisquer deles, através de seus agentes, causarem danos a terceiros.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a corrente doutrinária que defende a responsabilidade do Estado por atos judiciais, fortaleceu-se com base na teoria do risco administrativo. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 273).

Conforme define Cavalieri Filho (2010, p. 242), acerca do risco administrativo:

Em apertada síntese, a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge com expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática e repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da administração pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.

E sendo que a atividade judiciária integra o conceito de serviço público, caberá ao Poder Público responder pelos danos que os agentes judiciários causarem nos termos que preconiza o artigo 37, §6º da Constituição Federal (ANNONI, 2009, p. 82).

Ao mencionar acerca do serviço judiciário ser caracterizado como serviço público, Annoni (2009, p. 87) ressalta que:

A própria origem da atividade judiciária atesta seu caráter de típico serviço público, na medida em que se vedou ao particular o exercício da justiça por meios próprios e privados, instituindo-se, então, o serviço público judiciário, que não passa de espécie do gênero serviço público. Assim, a responsabilidade do Estado pelos agentes judiciários é espécie da responsabilidade estatal por atos decorrentes do serviço público, lato sensu, entendido aqui como a administração pública de todos os poderes da União.

Conforme acentua Silva Filho apud Stoco (2007, p.1057): “A Constituição, em seu art. 37, §6º, consagra a responsabilidade objetiva do Estado e não faz qualquer ressalva ou discriminação.”

Dessa forma, caberá a responsabilidade do Estado em razão de todo ato danoso que advier do exercício da função praticada pelo Poder Judiciário, tendo em vista que é dever do Estado assegurar o pronunciamento judicial, na medida em que a lei garante que não será excluída da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ao ameaça a direito. (DINIZ, 2012, p. 695).

Segundo elucida Annoni (2009, p. 113): “Ao Estado cabe o dever de ressarcir o prejudicado pela imperfeita prestação da atividade jurisdicional, seja ela derivada da falha dos agentes judiciários, ou pela simples falha do próprio serviço público.”

Assim, não caberá ser elidida a responsabilidade civil do Estado em decorrência da atividade jurisdicional, pois, conforme argumentado pela doutrina, o Poder Judiciário se enquadra no conceito de serviço público, devendo lhe ser aplicada a regra constitucional da responsabilização pelos atos que causarem prejuízos a terceiros.

4.3.1 A responsabilidade pessoal do juiz

Conforme visto, a responsabilidade do Estado é objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, contudo a jurisprudência, em relação aos atos jurisdicionais, não admite a responsabilização objetiva do Estado, apenas reconhece a responsabilidade na esfera criminal e para as decisões definitivas, condenatórias, objeto de revisão penal. Insurge em reconhecer a responsabilidade por negligência ou desídia da prestação jurisdicional. (MODESTO, 2002, p. 293-294).

Entretanto o ordenamento jurídico apresenta as hipóteses em que cabe a responsabilidade pessoal do juiz, sendo esta subjetiva e independente da responsabilidade do Estado. Conforme afirma Stoco (2007, p. 1059):

Pode-se, então afirmar que o Estado não é civilmente responsável pelo ato de seus juízes, exceto nos casos expressamente declarados em lei, posto que o ato jurisdicional caracteriza-se como emanção da própria soberania estatal.

Mais ainda, em razão de atos dos juízes que possam eventualmente causar danos, não responde objetivamente o Estado, salvo nos casos expressamente declarados em lei, impondo-se a declaração de comportamento doloso ou fraudulento desses agentes.

O Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) elenca em seu artigo 133 as hipóteses nas quais incidirá a responsabilidade civil pessoal do juiz, estabelecendo que:

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

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (BRASIL, 1979), em seu artigo 49, traz preceitos quase iguais ao do Código de Processo Civil ao estabelecer a responsabilidade do Juiz. Assim, analisando o dispositivo, apenas surgirá a responsabilidade pessoal do juiz quando houver dolo ou fraude, ou quando, sem justo motivo, recusar, omitir ou retardar medidas que deve ordenar de ofício ou a requerimento da parte. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 259).

Em análise ao preceituado na lei processual civil, no que tange ao dolo e à fraude cometidos no exercício das funções pelos magistrados, Stoco (2007, p 1060) esclarece que: “[...] a fraude só ocorre mediante a intenção de enganar ou ludibriar, sendo, pois atitude dolosa *stricto sensu*.”

Já em relação ao dolo ensejador de reponsabilidade, Dias (2007, p. 178), o define como:

O dolo é sempre a consciência ou a intenção de perverter e de causar um dano a alguém, não tendo o agente o propósito de iludir a lei, mas a deliberada intenção de transgredir o dever que o ordenamento jurídico lhe impõe, causando um dano. Assim, pode-se falar que, no processo, o dolo representa a transgressão, a inobservância intencional de um dever imposto na norma jurídica vigente, provocando o dano.

Em relação ao dispositivo II do artigo 133 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), afirmam alguns autores, que se trata da hipótese de culpa do magistrado, mencionando que: “A culpa do juiz é o segundo fundamento que a

ordem jurídica brasileira estabelece como pressuposto a sua responsabilidade pessoal e direta.” (DIAS, 2007, p.179).

Esclarece Dias (2007, p. 179-180) que:

Todos os atos jurisdicionais nos processos, desde o despacho deferindo a petição inicial, a denúncia ou a queixa e ordenando a citação do réu, até a sentença, quando o agente público julgador cumpre e esgota a função jurisdicional exercida, são disciplinados em lei, que estabelece prazos, forma e requisitos, validade e eficácia daqueles que devem ser praticados de ofício e daqueles que exigem requerimento das partes. Se o agente público julgador (juiz) revela-se um reles infrator da norma jurídica, porque a descumpra, recusando, omitindo ou retardando, sem justo motivo, a prática de atos processuais que as normas do ordenamento jurídico lhe impõem, deixando de prover aos requerimentos e pedidos das partes, por obtusidade ou imperícia, desídia, incúria, indolência ou negligência, esta sua inatividade causada pela tecnicamente escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, seja no plano quantitativo, seja no plano qualitativo, tudo isto está a revelar culpa em sentido estrito, sujeitando-se ao pagamento por perdas e danos, se causadora de prejuízos às partes ou a terceiro.

Entretanto, também surge o entendimento que a hipótese do inciso II, não apresenta a ideia de culpa, tendo em vista que a responsabilidade só incidirá neste caso, se a parte requerer a providência do parágrafo único do citado dispositivo. (STOCO, 2007, p. 1060).

Conforme esclarece Rizzardo (2007, p. 383-384):

Já em vista da recusa, omissão ou retardamento de providência que lhe incumbia, o que pode ocorrer, além do dolo ou da fraude, também por culpa, mister que se evidencie o desamparo em justo motivo. Não basta a demora em despacho o processo, ou em sentenciar, ou em designar audiência, além da providência do parágrafo único do art. 133. Se o juiz possui excessiva quantidade de ações para atender, não responde pela demora ou atraso; nem se excessivamente volumoso e complexo o processo, exigindo considerável lapso temporal para o estudo. Todavia, se a demora e o acúmulo de feitos decorrem da inércia do juiz, de sua inaptidão para o trabalho, tanto que outros juízes, de modo geral, mantém em dia o andamento dos processos, altera-se a situação. Não se olvide, entretanto, que as capacidades no desempenho das funções e o grau de inteligência são diferentes, fatores que importam em conceder alguma margem de tolerância ou temperamento na apreciação da responsabilidade.

Porém, cumpre verificar que apesar da lei estabelecer casos em que incide a responsabilidade pessoal do juiz, esta não afasta a responsabilidade do Estado, segundo a regra do artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Conforme explica Annoni (2009, p. 92):

Contudo, mesmo em se admitindo a tese de que o magistrado fosse agente político, isto não afastaria a responsabilidade do Estado por seus atos, segundo a regra constitucional do art. 37, § 6º, da Carta de 1988. Isto porque, como visto, a norma constitucional refere-se a *agente* no exercício de suas funções, não fazendo restrição objetiva a agente público, exclusivamente.

Manifestando do mesmo entendimento Cavalieri Filho (2010, p 280) dispõe que:

Tenho sustentado a tese que a responsabilidade do juiz, em que pese as respeitáveis opiniões em contrário, não exclui a do Estado, por uma razão muito simples. Se o Estado responde, como já sustentado, pela simples negligência ou desídia do juiz, por mais forte razão deve também responder quando ele age dolosamente. Em ambos os casos o juiz atua como órgão estatal, exercendo função pública. Entendo que, no último caso poderá o lesado optar entre acionar o Estado ou diretamente o juiz, ou, ainda, os dois, porquanto haverá, aí, uma solidariedade estabelecida pelo ato ilícito.

Dessa forma, tem-se o quão importante e necessário que haja a responsabilidade do Estado por atos provocados pelos magistrados no exercício de suas funções, pois a responsabilidade apenas do magistrado se caracteriza como subjetiva, sendo que dificilmente a parte lesada conseguirá comprovar a culpa, além da dificuldade de encontrar patrimônio solvente capaz de suportar indenização de grande monte, tendo-se, por consequência a conversão da responsabilidade do magistrado em total irresponsabilidade. (MODESTO, 2002, p. 295).

4.3.2 A responsabilidade civil por erro judiciário e denegação de justiça

O ordenamento jurídico brasileiro contempla a possibilidade de responsabilização do Estado em virtude de erro judiciário, bem como quando alguém ficar preso além do tempo determinado na sentença, estas possibilidades vem elencadas na norma do artigo 5º, inciso LXXV, estabelecendo que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.” (BRASIL, 1988).

Dispondo acerca da regra constitucional Aguiar Junior (2001, p. 173) dispõe que:

O art. 5º, LXXV, da Constituição/88, que é norma especial em relação à do art. 37, § 6º, pois explicitou o que já neste se continha, serviu para realçar dois casos de responsabilidade estatal erigidos em direito fundamental do cidadão: por erro judiciário e por excesso de cumprimento de pena. O

primeiro está sempre e necessariamente inserido no tema da responsabilidade por ato jurisdicional, dada a sua natureza, mas o segundo dependerá das circunstâncias, pois a demora na liberação poderá ser consequência de ato juiz da execução da pena, de falta de serviços cartorários da justiça ou só da falha do serviço administrativo que está afeto o sistema penitenciário, integrante da administração pública centralizada. A norma também serve para evidenciar a existência dos diversos planos onde tem origem a responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional: a) a atividade jurisdicional propriamente dita, exercida pelo juiz na sentença de matéria que transita em julgado; b) a atividade jurisdicional pós-sentença ou pré-sentença; c) a atividade dos serviços da justiça.

Analisando o que vem a ser entendido por erro judiciário, Cavalieri Filho (2010, p. 275) assevera que: “Por erro judiciário deve ser entendido o ato jurisdicional equivocado e gravoso a alguém, tanto na órbita penal como civil, ato emanado da atuação do juiz (decisão judicial) no exercício da função jurisdicional.”

Contudo, conforme ressaltam alguns doutrinadores, a regra constitucional refere-se ao dano em virtude de erro cometido na esfera penal, nesse sentido dispõe Di Pietro (2012, p. 719):

A jurisprudência brasileira, como regra, não aceita a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, o que é lamentável porque podem existir erros flagrantes não só em decisões criminais, em relação às quais a Constituição adotou a tese da responsabilidade, como também nas áreas cível e trabalhista. Pode até ocorrer o caso em que o juiz tenha decidido com dolo ou culpa; não haveria como afastar a responsabilidade do Estado. Mas, mesmo em caso de inexistência de culpa ou dolo, poderia incidir essa responsabilidade, se comprovado o erro da decisão.

Entretanto, cabe ressaltar que a regra do artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal não faz nenhuma menção ao erro judiciário penal, abrangendo, dessa forma, também o erro civil na hipótese de indenização. (SERRANO JÚNIOR, 1997, p. 129).

Menciona Cahali (2007, p. 498) que: “[...] mesmo no cível pode haver condenações injustificadas. Assim o funcionamento defeituoso da Justiça pode causar prejuízos diversos, e, algumas vezes, da maior gravidade.”

Ressalta-se que o erro judiciário pode suceder por diversas causas, conforme ressalta Serrano Júnior (1997, p. 127):

Vamos começar pelo erro judiciário, que pode suceder por: 1) dolo do juiz (intencionalidade); 2) culpa do juiz pela negligência ou imprudência, proferindo sentença manifestadamente contrária às provas dos autos; 3) má ou incompleta instrução probatória decorrente da atuação do magistrado cerceando o direito das partes de produzir as provas necessárias para

demonstração das teses de acusação ou de defesa; 4) indução do magistrado a erro, caracterizando a eximente ou atenuante de responsabilidade da culpa da vítima ou de terceiro pela produção de provas falsas, ou não produção de provas necessárias ao esclarecimento da verdade; 5) aparecimento posterior de fatos que venham a contradizer ou anular os elementos de convicção que motivaram a decisão.

Essas causas acabam por se transformar em verdadeira denegação de justiça. Conforme esclarece Annoni (2009, p. 114-115), acerca das consequências que a denegação da justiça acarreta:

A denegação da justiça constitui-se pela ausência da prestação jurisdicional, sua negação, enquanto que o exercício arbitrário do poder discricionário do configura-se pelo abuso no exercício do poder concedido ao magistrado para dizer o direito. Em verdade, é possível afirmar que ambos encontram-se diretamente vinculados, e ainda diretamente ligados outra modalidade de prestação jurisdicional defeituosa: a demora da prestação jurisdicional. Isto porque, ao se materializar o atraso indevido da prestação da justiça, materializa-se, por certo, a denegação da justiça e, em algumas circunstâncias, o exercício arbitrário do poder discricionário do magistrado.

Pois, sendo o direito a jurisdição um direito subjetivo do cidadão, ressalta Delgado (1996, p.37) que “[...] a responsabilidade do Estado pode ser detectada até quando o juiz, ultrapassando os limites da razoabilidade na interpretação e aplicação da lei, profira decisões que causem danos injustificados às partes”.

Entretanto, ocorre que a regra do artigo 5º inciso LXXV, só admite responsabilização em razão do erro judiciário, deixando à mercê a responsabilidade quando a justiça é denegada, ou não funciona como deveria.

Comentando a disciplina da responsabilização do Estado em razão do erro judiciário, Hendges (2008, p. 29) adverte que:

Por outro lado, a previsão inserta nesse dispositivo é insuficiente para fundamentar uma regra geral sobre a responsabilidade do Estado por atos judiciais, porque só abrange a reparação do dano decorrente de condenação, sendo que da atividade judicial podem decorrer danos de todos os atos praticados no curso do processo, não só do ato sentencial, pode se configurar mesmo quando a decisão não for condenatória, ou pode decorrer de omissão e não de ação.

Nessa linha de pensamento, conclui Cahali (2007, p. 517) que: “O erro do Judiciário danoso para o particular, também pode encontrar sua causa no funcionamento defeituoso do órgão encarregado da prestação desse serviço público.”

Dessa forma, cabe que a responsabilidade civil do Estado seja estendida, pois não é apenas do erro judiciário que danos são causados aos jurisdicionados, muitos atos praticados pelo Poder Judiciário são passíveis de ocasiona prejuízos, não merecendo ficar sem reparação, dentre esses atos, o que vem causando maiores danos e provocando frustração e descredibilidade no Poder Judiciário é a demora da prestação da tutela jurisdicional.

4.3.3 Demora da prestação da tutela jurisdicional

A demora da prestação da tutela jurisdicional é um fato que vem sendo suportado por quem precisa pleitear seu direito frente ao Poder Judiciário, a grande delonga enfrentada desde a propositura da ação até o julgamento final, além do desânimo provocado, acarreta danos aos jurisdicionados, que passam a perder a confiança e a credibilidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário.

Conforme já demonstrado, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) assegura em seu artigo 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Dessa forma, o direito à ação, de obter do Estado a aplicação do direito ao caso concreto é garantida, cabendo ao Poder Judiciário o exercício desta função.

Desse modo, na medida em que o Estado avocou para si o monopólio da justiça, deve garantir que os serviços judiciários sejam prestados com qualidade e eficiência. (SERRANO JÚNIOR, 1997, p.123).

Segundo assevera Cretella Júnior apud Delgado (1996, p. 47): “O serviço público, em tese, tem que apresentar-se perfeito, sem a menor falha, para que a coletividade se beneficie no mais alto grau com o seu funcionamento.”

Quando o serviço judiciário apresenta falhas, acaba não exercendo adequadamente suas funções, principalmente no que tange à eficiência de seus serviços, acarretando a demora da prestação jurisdicional e conforme define Delgado (1996, p.47): “A demora da prestação jurisdicional cai no conceito de serviço público imperfeito. Quer seja ela por indolência do juiz, que seja por o Estado não prover adequadamente o bom funcionamento da justiça.”

Corroborando com o entendimento do autor supracitado, leciona Annoni (2009, p. 115) que:

A demora da prestação jurisdicional, bem como as demais modalidades de atividade jurisdicional danosa, cai no conceito de serviço público imperfeito. Configura-se quer por indolência do juiz, quer pelo não provimento adequado do bom funcionamento da justiça. É a omissão de prestar, de agir quando devia, de zela pela manutenção do bem ou pela execução do serviço essencial do Estado, sobretudo no Estado de Direito.

A demora da prestação jurisdicional, quando injustificada, caracterizada pela inércia, descaso ou falha, traduz-se em má atuação do Poder Judiciário, sendo que o Poder Público deverá responder civilmente quando por esta má atuação forem ocasionados danos aos jurisdicionados. (STOCO, 2007, p.1084).

Acerca da temática, cabe destacar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 32.518, no qual o Ministro Aliomar Baleeiro, embora sendo voto vencido, expôs sobre a responsabilidade civil do Estado em decorrência da atuação do Poder Judiciário:

Parece subsistir no caso, responsabilidade do Estado em não prover adequadamente o bom funcionamento da Justiça, ocasionado, por omissão dos recursos materiais e pessoais adequados, os esforços ao pontual cumprimento dos deveres de seus juizes. Nem poderia ignorar essas dificuldades, porque, estando uma das comarcas acéfalas, o que obrigou o juiz a atendê-la, sem prejuízo da sua própria- ambas congestionadas de serviços-, a Comissão de Disciplina declarou-se em regime de exceção, ampliando os prazos. Se o Estado responde, segundo antiga e iterativa jurisprudência, pelos movimentos multitudinários, ou pelo “fato das coisas” do serviço público, independentemente de culpa de seus agentes, com maior razão deve responder por sua omissão ou negligencia em prover eficazmente o serviço da Justiça, segundo as necessidades e reclamos dos jurisdicionados, que lhes pagam impostos e até taxas judiciárias específicas, para serem bem atendidos. (BRASIL, STF, 1966).

No mesmo julgamento, destaca-se o voto do Ministro Odalício Nogueira, que acompanhou o voto do Ministro Aliomar Baleeiro, expondo da seguinte maneira:

O Estado não acionou, convenientemente, a engrenagem do serviço público judiciário. Não proporcionou à parte a prestação jurisdicional a que estava obrigado. Houve falta do serviço público. Não preciso atingir as alturas do risco, que é o ponto culminante da doutrina objetiva, para decretar-lhe a responsabilidade. Basta-me invocar o principio da culpa administrativa, ocorrente na espécie e que não se confunde com a culpa civil, porque procede, precisamente, do mau funcionamento de um serviço. (BRASIL, STF, 1966).

Dessa forma, o Estado ao não prover adequadamente os serviços judiciários acaba acarretando a demora da prestação jurisdicional, porém não é qualquer demora que enseja a reparação de danos, para ser passível de ocasionar

prejuízos, a demora deve ser tida como injustificável, conforme ressalva Modesto (2002, p. 305):

Nem toda violação de prazo processual caracteriza um dano ressarcível para efeitos indenizatórios. A violação de prazo processual é indicio de omissão antijurídica, mas não traduz elemento de caracterização suficiente. A complexidade da demanda, objetiva e subjetiva, a conduta dilatória das partes, as dificuldades técnicas de comunicação dos atos processuais, por exemplo, são ocorrências que podem conduzir a inviabilidade prática de fiel cumprimento dos prazos legais.

Assim, quando a demora se mostra injustificável, não há como negar que danos são ocasionados, conforme afirma Rizzardo (2007, p. 64), são “inquestionáveis os prejuízos que resultam da demora na prestação jurisdiciona”.

Fazendo menção às consequências advindas da demora da prestação jurisdicional, Annoni (2009, p.122) defende que: “Inegável é o fato de que, quanto mais distante da ocasião propícia for proferida a sentença, mais fraca e ilusória será sua eficácia”.

Aprofundando acerca da temática, a autora supracitada (2009, p. 150-151) afirma que cabe ao Estado responder pelos danos que a prestação jurisdicional intempestiva acarreta, mencionando que:

A responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional, portanto, configura-se como instrumento de garantia e proteção aos direitos humanos. É a consagração de direitos fundamentais que se sobrepõe à vontade estatal e sua forma de administração da justiça. Em um Estado de Direito, a manutenção dessas garantias constitui-se em seu objeto e seu fim, na razão de sua formação e na justificativa de seu poder. Preservar esses direitos e restabelecê-los, caso violados, é obrigação estatal da qual o Estado não pode se eximir, ainda mais se o agente violador é o próprio Estado.

Assim, resta evidente que cabe ao Estado o dever de indenizar os danos resultantes da demora injustificada da prestação jurisdicional, tendo em vista que inadimpliu seu dever de proteção judiciária efetiva. (SERRANO JÚNIOR, 1997, p.132).

Em sentença proferida pela Juíza Federal Marisa Ferreira dos Santos, foi aceita a responsabilidade civil do Estado por danos morais, em razão da demora na tramitação de uma ação trabalhista, que se processou na justiça do Trabalho durante vinte anos. Conforme se retira do teor da sentença:

Entretanto, não há como negar que aquele que espera por mais de 20 (vinte) anos que o juiz lhe diga se tem ou não o direito que pleiteia, sofre dissabores tais que, ao fim do processo, o valor que recebe, embora espelhe a pretensão inicial, não o satisfaz porque outros danos já o atingiram. Eis aí o dano moral. 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. 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. (Ação Ordinária, Processo nº 89.0017372-3 SP, 1995)

Dessa forma, não cabe que o jurisdicionado suporte o dano advindo da demora da prestação jurisdicional, devendo incidir a responsabilidade do Estado. Expondo sua opinião acerca da temática, Dias (2004, p. 203) expõe que:

Sendo assim, em face do ordenamento jurídico-constitucional vigente, o exercício da função jurisdicional pelo Estado brasileiro de forma defeituosa, inadequada e intempestiva, fora de um tempo razoável ou útil, motivada por dilações indevidas do processo, tal significando serviço público jurisdicional ineficiente, impondo prejuízos aos particulares, acarreta sua responsabilidade, em virtude da inobservância dos princípios da eficiência dos serviços públicos [...].

A demora da prestação da tutela jurisdicional afronta os preceitos constitucionais, devendo recair ao Estado o dever de indenizar quando danos forem causados, conforme adverte Annoni (2009, p. 136):

A garantia à tutela jurisdicional em tempo razoável é, com efeito, direito fundamental do homem, cuja não efetivação cobra do Estado a responsabilidade pelos danos, materiais e morais, frutos de um estado de ansiedade, descrédito e insegurança, que são suportados pelos jurisdicionados, quando no exercício legítimo de seu direito maior: o acesso à justiça.

Dessa maneira, em decorrência dos prejuízos que a delonga na solução da lide vem causando às partes que esperam longos anos por uma solução, é tempo de exigir do Estado uma resposta pela demora da prestação da justiça, tendo em vista que os jurisdicionados não têm mais como suportar a sua morosidade. Cabe que os administrados se voltem contra o Estado, exigindo a reparação dos prejuízos sofridos em razão dos danos que este causou em decorrência do retardamento e do mau funcionamento da prestação jurisdicional. (DELGADO, 1996, p. 54).

Quanto à reparação do dano proveniente da demora da prestação jurisdicional, cumpre ressaltar que se a delonga injustificadamente resultou de uma não ação do Poder Judiciário na solução da de lide, está-se diante de uma omissão do Estado.

Segundo se extrai das palavras de Cretella Júnior apud Di Pietro (2012, p. 710) acerca da caracterização da omissão estatal: “São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente.”

Dessa forma, quando há falta do serviço, porque ele funcionou mal, não funcionou ou funcionou tardiamente, a responsabilidade que incide ao Estado é a subjetiva em decorrência de sua omissão na prestação dos serviços. (MELLO, 2010, p. 1032)

Portanto, tendo em vista os danos que resultam aos jurisdicionados em razão da demora desarrazoada na solução da lide, não cabe que o Poder Público fique impune, pois é seu dever prestar seus serviços de maneira eficiente, garantindo o que o jurisdicionado saia satisfeito e que a decisão seja útil, dentro de um processo justo e em menor tempo possível, garantindo, somente então, o pleno e eficaz acesso à justiça, pois já dizia Rui Barbosa (1921) que “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

5 CONCLUSÃO

Muito embora a responsabilidade civil do Estado seja um assunto discutido amplamente, vê-se que se instaura grande divergência quando se trata da obrigação de reparar os danos praticados em decorrência da atividade jurisdicional.

O Estado passou por vários estágios de responsabilidade civil, desde sua total irresponsabilidade, até sua fase atual, na qual responde pelos danos causados em razão de sua atividade, independentemente da comprovação de culpa de seus agentes, bastando apenas o nexo causal entre a conduta e o prejuízo causado.

Contudo, quando se trata de atividade jurisdicional, a teoria da responsabilidade civil objetiva do Estado não é aplicada, ficando o Poder Judiciário inerte à responsabilização pelos danos causados em razão de suas atividades.

Sabe-se que é o Estado quem detém o monopólio da jurisdição na medida em que proibiu o exercício arbitrário das próprias razões, vedando a autotutela, devendo, dessa forma, garantir o direito dos cidadãos a um processo justo, mediante o amplo acesso à justiça.

Sendo assim, não se pode negar que ao exercer a função jurisdicional, o juiz age em nome do Estado, aplicando a lei ao caso concreto, dizendo o direito e solucionando os conflitos de interesses. Dessa maneira, cabe a consideração de que o Poder Judiciário se enquadra no conceito de serviço público.

E, sendo serviço público, verifica-se que incide perfeitamente a regra disposta no artigo 37, §6º da Constituição Federal, que garante a reparação dos danos causados pelos agentes públicos, no exercício de suas funções, pelo Estado. Vê-se que a regra não faz nenhuma distinção acerca do conceito agente público, assim qualquer um que age em nome do Estado está sujeito a provocar danos que deverão ser ressarcidos pelo ente estatal.

Além do mais, negar a responsabilidade do Estado em decorrência da atividade jurisdicional seria negar todos os direitos garantidos aos cidadãos, principalmente no que insere ao acesso à justiça, pois é evidente que o exercício da função jurisdicional provoca danos, que não podem ficar sem a devida reparação.

Pelo acesso à justiça, é garantindo não apenas o acesso à petição ao órgão jurisdicional, mas sim a um processo justo, com todas as garantias constitucionais e, principalmente, com uma decisão tempestiva, que seja útil e eficaz.

A própria Constituição Federal inseriu no rol dos direitos e garantias do cidadão que o processo deverá seguir os preceitos de um prazo razoável, sem dilações indevidas, visando, assim, a garantia de que a solução será justa.

Porém, ocorre que na atualidade o que se tem visto é a demora processual, que vem provocando grande descrédito no Poder Judiciário e a insatisfação das pessoas, além de acarretar danos, tanto patrimoniais quanto morais, em virtude da demora.

Vê-se que uma decisão postergada pode vir a não surtir o efeito almejado, os direitos postos em solução podem se sucumbirem não tendo mais razão de ser da própria decisão. Além disso, a grande frustração, os anos de espera para ver solucionado o seu direito, enfim, tudo isso acarreta danos a quem se socorre ao Poder Judiciário.

O Estado, ao não se preocupar com a prestação tempestiva da tutela jurisdicional, incorre em lesões aos direitos dos cidadãos, devendo ser responsabilizados pelos danos que provocou.

Tendo em vista que quanto mais uma decisão demorar para sair, mais ineficaz será, na medida em que não surtirá os efeitos desejados, incorrendo em danos a quem exerceu seu direito constitucional e esperava por uma resposta do Estado.

É certo que a demora do processo pode resultar da falta de aparelhamento do Poder Judiciário, incluindo a falta de estrutura, de servidores qualificados e de juízes, contudo, isso não pode ser motivo de exclusão da responsabilidade estatal, tendo em vista que ao Estado cabe zelar pelos direitos dos cidadãos e pela qualidade e eficiência de seus serviços.

Dessa forma, verificou-se que cabe ao Estado responder civilmente pelos danos ocasionados pela demora da prestação jurisdicional, pois, somente assim, quem sabe, com o jurisdicionado voltando-se contra o Poder Judiciário, visando à reparação civil dos danos resultantes da demora jurisdicional, será garantido pelo Estado o pleno acesso à justiça, com um processo sem dilações indevidas, no qual os prazos processuais sejam respeitados e a decisão seja útil e eficaz, efetivando, dessa forma, os direitos constitucionais a quem deposita toda sua confiança no Poder Judiciário e que espera por uma decisão justa, eficiente e, principalmente, tempestiva.

Tem-se que o assunto abordado não se esgota na presente pesquisa, pois a função jurisdicional é de extrema importância, tendo em vista que é por meio dela que os conflitos de interesse são resolvidos. Dessa forma, visando aprimorar a prestação jurisdicional, novas pesquisas devem ser realizadas, objetivando encontrar maneiras eficazes de solucionar a demora da prestação jurisdicional, tendo em vista o direito constitucional de acesso à justiça e da razoável duração do processo.

REFERÊNCIAS

ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A duração razoável do processo como elemento constitutivo do acesso à justiça: novas perspectivas após a Emenda Constitucional N .45, de dezembro de 2004.** São José: Conceito editorial, 2008.

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil.** São José: Conceito editorial, 2008.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do estado pelo exercício da função jurisdicional no brasil. **Ajuris:** Associação dos Juízes do RS, Porto Alegre, ed. Temática, p. 150-185, ago. 2001.

ANNONI, Danielle. **A responsabilidade do Estado pela Demora na prestação jurisdicional.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo.** Curitiba: Jaruá, 2009.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos moços:** Academia brasileira de letras. Disponível em: < <http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=191&sid=146> >

BRASIL, constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2012.

BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de processo civil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 20 ago. 2012.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 32.518, Altino de Figueiredo Paz e Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min Aliomar Beleeiro, DF, 21 de junho de 1966. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listaJurisprudencia.asp?s1=%28%40JULG+%3E%3D+19660620%29%28%40JULG+%3C%3D+19660621%29%28SEGUNDA.SESS.%29&pagina=2&base=baseAcordaos>> Acesso em 28 out. 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUSCALEGIS. **Indenização por dano moral contra a União Federal.** Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/6948-6947-1-PB.html>. Acesso em: 27 de out. de 2012

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. ver. Ampl. Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. Rio de Janeiro: Forence, 2002.

DELGADO, José Augusto. A demora na entrega da prestação jurisdicional. responsabilidade do estado. indenização. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**. São Paulo. v.144, p. 29-57, jan. 1996.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4.

HENDGES, Carla Evelise Justino. A Responsabilidade do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional. **Revista da AJUFERGS**. Porto Alegre, n. 5, p. 11-50, jun

2008, disponível em: < www.esmafe.org.br/web/revistas/rev05/revista_05.pdf>
Acesso em: 15 out. 2012

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais: 2012

_____ Direito fundamental à duração razoável do processo. **Interesse público**, Porto Alegre , v.10, n.51, p. 42-60, set./out. 2008.

_____ **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. revi e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 15. ed. revi., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MODESTO, Paulo. Responsabilidade do estado pela demora na prestação jurisdicional. **Revista de direito administrativo** Rio de Janeiro, v.227, p. 291-308, jan. 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Rafael Caselli. A razoável duração do processo como direito fundamental a um processo sem dilações indevidas. **Revista dialética de direito processual - RDDP**, São Paulo, n.107, p. 98-109, fev./2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SANTANA, Alexandre Ávalo. A reforma processual sob o prisma de um "novo" preceito constitucional (razoável duração) e a concepção sincrética do processo. **Revista magister de direito civil e processual civil**, Porto Alegre, v.5, n.29, p. 77-82, mar./abr.2009.

SERRANO JUNIOR, Odone. Responsabilidade civil do estado pelo mau funcionamento dos serviços judiciários. **Revista dos tribunais** São Paulo, v.746, p. 123-135, dez. 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. revi., atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed. rev., atual e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 1.

_____. **Curso de direito processual civil-Processo de Execução e Cumprimento de sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009a. 2 v.

_____. Alguns reflexos da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil. **Revista síntese de direito civil e processual civil**, Porto Alegre, v.35, p. 17-29, maio 2005.

_____. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista magister de direito civil e processual Civil**, Porto Alegre , v.5, n.29, p. 83-98, mar./abr.2009b.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **Responsabilidade civil do Estado pela na prestação da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Juruá, 1999

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 4.