

DIREITO
PROCESSUAL

Responsabilidade Civil do Estado e a Morosidade Processual**Filipe Casellato Scabora¹**

Sumário: I. Da responsabilidade civil do Estado. I.1 Teoria da Irresponsabilidade. I.2 Teoria Civilista. I.3 Teoria Publicista. II. A evolução do regime pátrio de responsabilidade. II.1 Culpa Administrativa. II.2 Risco Administrativo. II.3. Risco Integral. III. Da responsabilidade do Estado pela morosidade processual. III.1 Suporte normativo. III.2 O conceito de “razoável duração do processo”. IV. Os remédios processuais cabíveis. IV.1 O Mandado de segurança. IV.2 A Ação Popular. IV.3. A Ação de Indenização. V. Apontamentos finais. VI. Referências bibliográficas.

Resumo: O texto aborda a evolução do instituto da responsabilidade civil do Estado desde a Constituição Republicana de 1891 até os dias atuais, analisando seus desdobramentos diante do fenômeno da morosidade processual, propondo uma nova interpretação de instrumentos já consagrados no Código de Processo Civil (Mandado de Segurança, Ação Popular e Indenizatória) para resolver o conflito temporal do processo e os danos que acarreta à sociedade.

Abstract: *The text broaches the Civil Liability of the State from its early days in the Constitution of the Republic of 1891 to its contemporary days while analyzing their effects in the face of the slowness in civil process, proposing a new interpretation of the instruments (Injunction, Class Action and Compensation) in the Civil Procedural Law to resolve the conflict and the damages that entail.*

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”- UNESP. E-mail: fscabora@gmail.com

I. Da responsabilidade civil do Estado

De longa data, o direito reconhece à pessoa lesionada em sua esfera patrimonial a possibilidade de ver-se ressarcida pelo autor do dano (SILVA, 2004. p. 119). O mesmo vale para o Estado. Com a evolução dos fundamentos do Estado Moderno, como entidade de direitos e deveres no âmbito público-privado, passou a figurar como regular compromissário da responsabilidade dos seus atos, superada em um primeiro momento a Teoria da Irresponsabilidade que veremos adiante. Sobre o tema, Bandeira de Mello admite que a responsabilidade é pressuposto do Estado de Direito ². Alessi, afirma: “*aujourd’hui, on peut dire que la responsabilité est la règle, l’irresponsabilité, la exception*” ³.

Contudo, antes de incidirmos em tema tão abrangente é necessária uma pequena visita às suas raízes históricas, remontando brevemente as três teorias mandamentais acerca da responsabilidade civil:

I.1. Teoria da Irresponsabilidade

Sustentada primordialmente a partir da segunda metade do século XIX, a chamada Teoria da Irresponsabilidade encontra suas raízes na criação dos Estados Nacionais, demonstrada nas máximas saxônica “*the King can do no wrong*” e francesa “*l’État c’est moi*”. Exauridas como baluarte da concepção dos recém formados Estados nacionais, as máximas supracitadas descrevem o próprio sistema de responsabilidade adotado pela máquina estatal: se o Estado era a personificação do monarca, e o monarca não era capaz de errar, logo, o Estado não poderia causar dano a outrem, daí a inexistência de sua responsabilidade.

Sob os auspícios do regime absolutista, a teoria da irresponsabilidade absoluta da Administração Pública firma-se em três postulados: i) na soberania do Estado, que, por natureza irreduzível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível de

² “Segundo entendemos, a idéia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito.” In: BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de direito administrativo**. 25 ed. São Paulo, Malheiros, 2007. p. 983.

³ “Hoje podemos dizer que a responsabilidade é a regra, a irresponsabilidade a exceção”. Tradução nossa.

relação; a responsabilidade do soberano perante os súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição nos termos da equação⁴; ii) segue-se que, representando o Estado soberano o direito organizado, não pode aquele aparecer como violador desse mesmo direito; iii) daí, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados *nomine proprio* (Caio Mario da Silva Pereira, apud CAHALI, 2004, p. 20).

I.2. Teoria Civilista

Superada a injustiça provocada pela Teoria da Irresponsabilidade, a nova doutrina admitia a responsabilidade do poder público nos moldes da responsabilidade civil por fato de terceiro (preposto). Para tanto era necessário, a distinção entre os atos de gestão e os atos de império do Estado.

Na prática dos atos *jure imperii*, o Estado estaria incólume de responsabilidade, uma vez que estes representavam as funções essenciais à sua manutenção, e como tal, não poderiam ser responsabilizados. Os atos *jure gestionis*, por sua vez, equiparavam o Poder Público ao particular, por tratarem-se de atos praticados com escopo de satisfazerem necessidades sociais, mas sem o caráter de essencialidade.

Efetuada a equiparação, a discussão cingia-se para a culpa do funcionário. Havendo culpa, era devida indenização por parte do Poder Público. O reconhecimento da responsabilidade do Estado, sob os contornos civilistas, prevalecia a responsabilidade subjetiva.

Certo é que a Teoria Civilista não bastou para solucionar os diversos enunciados que se encontravam entre a tênue linha dos *jure imperii* e *jure gestionis*, sendo que, depois de superado este primeiro obstáculo, era necessário reexame da matéria, agora sob o ângulo da subjetividade (culpa ou dolo) do agente,

⁴ O primeiro postulado faz referência Teoria do Direito Divino, defendida, entre outros, por Bodin e Bossuet, para manutenção do *ancien régime*, segunda qual as Famílias Reais eram escolhidas por Deus para governar os povos com sabedoria e justiça. Daí a impossibilidade de equiparação entre súdito e soberano.

I.3. Teoria Publicista

Na terceira e última fase de evolução do instituto, a questão desabrocha e se desenvolve no terreno próprio do direito público, pretendo-se desvinculada de todo apoio tomado ao direito civil (CAHALI, 2004. p. 24). A concepção publicista ganha força a partir do início do século XX⁵, analisando o risco das atividades estatais para com os cidadãos, sem mais realizar quaisquer distinções entre os atos praticados pelo Poder Público.

Trata-se, em verdade, da aceção da responsabilidade objetiva, onde não mais há espaço para análise da culpa ou dolo. O dever de indenizar nasce do nexos causal entre a conduta do Estado e o dano ocasionado. Hely Lopes Meirelles, sobre a Teoria Publicista, afirma que a partir dela surgiram as teses da *culpa administrativa*, do *risco administrativo* e do *risco integral*, todas elas identificadas no tronco comum da responsabilidade objetiva da Administração Pública ⁶, mas com variantes nos seus fundamentos e na sua aplicação, sem se falar nas submodalidades em que se repartiram essas três correntes.⁷

Conforme ensina o ilustríssimo autor, a Teoria Publicista deu origem a diversas outras teses que versam sobre a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, que serão analisadas no regime jurídico brasileiro.

II. A evolução do regime pátrio de responsabilidade

Assevera Cahali que o princípio da responsabilidade civil do Estado jamais foi

⁵ “A doutrina da irresponsabilidade está inteiramente superada, visto que as duas últimas nações que a sustentavam, a Inglaterra e os Estados Unidos, da América do Norte, abandonaram-na, respectivamente, pelo *Crown Proceeding Act*, de 1947, e pelo *Federal Tort Claims*, de 1946. Caíram assim os últimos redutos da irresponsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes.” In: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 618.

⁶ Quanto a classificação do Mestre, imperioso notar que o autor se utiliza do termo responsabilidade civil da administração pública, ao invés de responsabilidade civil do Estado, afirmando que, em regra, essa responsabilidade surge de atos da *Administração* e não de atos do Estado como entidade política. Ibid. p. 617.

⁷ Ibid. p. 618.

posto em dúvida no direito brasileiro. Embora omissa a respeito da responsabilidade do Estado, dispunha a Constituição Republicana de 1891⁸, em seu art. 82, que os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente seus subalternos (CAHALI, 2004. p. 30).

Como vemos, desde início o legislador nacional optou por adotar o princípio da responsabilidade civil do Estado pelos atos praticados por seus agentes, ainda que sob a forma da teoria subjetiva, fenômeno que se repetiu em diversas legislações posteriores, a saber: a Lei 221 de 20 de janeiro de 1894⁹, o Código Civil Brasileiro de 1916¹⁰ e as Constituições Federais de 1934¹¹ e 1937¹², entre outras¹³.

Ensina Nelson Nery Jr. que, com o advento da CF de 1946 (art. 194)¹⁴, foi

⁸ A primeira menção normativa refere-se a Constituição Republicana, pois as legislações anteriores haviam recepcionado as normas vigentes no Brasil Colônia, advindas das Ordenações Reais Portuguesas (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), marcadas pelo princípio do Direito Divino e da Teoria da Irresponsabilidade.

⁹ “Art. 13 - Os Juízes e Tribunais Federais processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuais por atos ou decisões das autoridades administrativas da União.”

¹⁰ “Art. 15 - As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”

¹¹ “Art. 171 - funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.”

¹² “Art. 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seu cargos.”

¹³ Bandeira de Mello alude ainda a outros decretos e disposições normativas que tratam do tema: Decreto 1930, de 26.4.1857 e Decreto 9417 de 25.4.1885, ambos relativos aos danos causados por estradas de ferro; Decreto 1663, de 30.1.1894, art. 552 e o Decreto 4053 de 24.6.1891, art. 538, concernentes à prejuízos decorrentes de redes telegráficas; Decreto 1692-A, de 10.4.1894, art. 8º e Decreto 2230, de 10.2.1896, art. 6º, ambos ligados a responsabilidade da Empresa de Correios. In: BANDEIRA DE MELLO, op. cit. p. 1011

¹⁴ “Art. 194 -As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

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

instituída no direito constitucional positivo brasileiro a responsabilidade objetiva¹⁵ na administração pública, com base no risco administrativo (NERY JR, 2000. p. 30). Continua, afirmando que a promulgação da nova Carta revogou tacitamente o art. 15¹⁶ do Código civil de 1916 (vigente a época), nos termos do art. 2º, § 1º da L.I.C.C.¹⁷, que determinava, até então, no ordenamento jurídico brasileiro, a regra da responsabilidade subjetiva do Estado:

“Como o CC 15, que previa responsabilidade subjetiva do poder público, era incompatível com o novo sistema da responsabilidade objetiva, a norma do Código Civil não foi recepcionado pela CF de 1946. Deixou de ter eficácia. Nos textos constitucionais que se seguiram (CF 1967, art. 105 e CF 1969, art. 107), bem como na vigente CF de 1988 (art. 36, § 6º), permaneceu íntegra a consagração da responsabilização objetiva pelo risco, impondo à administração pública o dever de indenizar os danos causados por conduta comissiva ou omissiva de agente ou servidor, que aja nessa qualidade. Portanto, já não vigora entre nós, desde 1946, o CC 15” (NERY JR, 2000. p. 31).

Fato é que a responsabilidade objetiva, sob inspiração da teoria do risco, desenvolvia-se, em França, já na virada do século. Tem-se como certo, porém, que o dispositivo, no contexto individualista que remarcava aquele Código Civil (1916), não terá ultrapassado os limites da teoria civilística da responsabilidade do Estado, só a reconhecendo quando tivesse ocorrido dolo ou culpa do funcionário-representante (CAHALI, 2004. p. 31).

Cahali afirma que a redação, possivelmente ambígua, do referido art. 15, teria

¹⁵ Compartilham da mesma tese Sérgio Cavalieri Filho e o Prof. Kiyoshi Harada. Cf: CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007. e HARADA, Kiyoshi. **Responsabilidade civil do Estado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=491>>. Acesso em: 03 fev. 2010.

¹⁶ “Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano. “

¹⁷ “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. “

suscitado controvérsias, chegando alguns autores afirmar que ali estaria contida, implicitamente, a regra da responsabilidade objetiva. Contudo, opunha-se a esta tese o próprio Clóvis Beviláqua, autor do ante-projeto do Código, definindo o ato gerador da responsabilidade para a pessoa jurídica de direito público como um ato ilícito do representante do Poder Público, colocava como condição dessa responsabilidade “que o ato seja injusto, ou por omissão de um dever descrito em lei, ou por violação do direito” (CAHALI, 2004. p. 31).

O caráter civilístico da responsabilidade no Código Beviláqua é afirmado também por Numa Pereira do Valle. Afirma o ilustre jurista, sem deixar margem para dúvida, que a responsabilidade estatuída no Código de 1916 é de cunho civilista e deve ser entendida em consonância com os arts. 1521 e 1523 do mesmo diploma (atuais arts. 932 e 933):

“Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - **o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviciais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele** (art. 1.522);

(...)

Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.”

Como vemos, pretendeu Pereira do Valle salientar a responsabilidade oriunda da relação patronal, neste caso, do agente público para com o Estado, característica fundamental dos regimes de responsabilidade por fato de terceiro (preposto), calcadas na Teoria Civilista. É a prova irrefutável de que o Código Beviláqua, estabelecia como regime a responsabilidade subjetiva.

Admitido, portanto, que a responsabilidade do Estado, embora nunca ignorada pelo legislador pátrio, só assumiu contornos nitidamente objetivos com o advento da Constituição Federal de 1946.¹⁸

¹⁸ Confirma-se tal assertiva através do indubitável voto do então Ministro e iminente jurista Aliomar Baleeiro:

Desta feita, segundo Hely Lopes Meirelles, a Teoria da Responsabilidade Objetiva abriga o exame de três teses derivadas, a saber:

II.1. Culpa Administrativa

A obrigação de o Estado indenizar decorre da ausência objetiva do serviço público em si. Não se trata de culpa do agente público, mas de culpa especial do Poder Público, caracterizada pela falta de serviço público (HARADA, 2000). Hely Lopes alude à chamada teoria francesa da “*faute du service*”, e continua, afirmando que “cabe à vítima comprovar a inexistência do serviço, seu mau funcionamento ou seu retardamento. Representa o estágio de transição entre a doutrina da responsabilidade civilística e a tese objetiva do risco administrativo” (NERY JR, 2000. p. 31).

A respeito dos ilustres ensinamentos do Prof. Harada, adverte Nelson Nery Jr. que “quando tratar-se de conduta omissiva da administração pública, a doutrina e jurisprudência majoritárias apregoam fundar-se o dever de indenizar na responsabilidade subjetiva da administração, pela falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*)...” (NERY JR, 2000. p. 33).

No mesmo sentido, Bandeira de Mello:

“É mister acentuar que a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço, ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que lhe de) 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), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.” (BANDEIRA DE MELLO, 2007. p. 987).

RESPONSABILIDADE CIVIL - ART. 194, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1946.

1. CONDENANDO O BNDE A INDENIZAR DESPESAS DE JAZIGO, FUNERAL E LUTO PELA MORTE DE MENOR EM ABALROAMENTO PRODUZIDO POR VEÍCULO DESSA EMPRESA PÚBLICA, SEM INDAGAR DA CULPA DO MOTORISTA, O ACÓRDÃO NÃO NEGOU VIGÊNCIA AO ART. 159, DO CÓDIGO CIVIL, MAS APLICOU O ARTIGO 194, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE 1946, QUE REGE O CASO.

2. A CLÁUSULA DO ART. 17, II DO DEC. 2.681/1912, NÃO FIGURA NO ART. 194, DA CONSTITUIÇÃO DE 1946. (Brasil, STF, RE 76548/GB, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJU 04 out. 1974)

Contudo, afirma também o mesmo autor que "... não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ou então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo)" (BANDEIRA DE MELLO, 2007. p. 997).

Neste sentido, o fato da negligência preceder os demais fatos de culpa não é mera coincidência. Em se tratando do Estado como entidade de direito público, não há possibilidade de falar em imprudência, imperícia ou dolo, a não ser de um dos agentes do Estado (da mesma maneira, no tocante a pessoa jurídica). O Estado não age com dolo ou culpa, seus agentes é que o fazem. Contudo, o mesmo não se aplica a negligência.

Explicemo-nos: o Estado é negligente ao não cumprir a norma legal que garante um processo rápido; o Estado também é negligente no treinamento de seus agentes o que, invariavelmente, gera imperícia na conduta destes (já que não foram bem preparados); o Estado é negligente na fiscalização (e punição) dos atos do seus agentes, ora, é fato que uma fiscalização mais rigorosa coíbe a prática de atos dolosos e/ou imprudentes (a discussão da imperícia, imprudência ou dolo, ficaria deste modo, à ação regressiva).

Forçoso reconhecer que a negligência do Estado é ponto fulcral dessa responsabilidade, porque é dela - negligência - que podem advir os demais fatos de culpa. Tomando a premissa por verdadeira, há possibilidade de se afastar a presunção *juris tantum* que pesa na responsabilidade subjetiva. Afinal, se o Estado descumpriu lei cuja obrigação, lógico, era de cumprir (e.g.. Emenda Constitucional 45/2004 que inseriu o inciso LXXVIII no art. 5º da CF/88) - não há necessidade de prova: se o processo não obedece a razoável duração, a lei foi descumprida, de modo que não há que se fazer prova de culpa (negligência) pois somente o Estado poderia ter garantido esta razoável duração, e se não o fez, deve ser responsabilizado. Assim, a negligência do Estado é presumida.

Desta feita, parece-nos que, a despeito das brilhantes manifestações do mestre Bandeira de Mello, a Teoria da Culpa Administrativa tem contornos objetivos, ainda

que não se encontre totalmente inserida nesta corrente, como pretendem afirmar os Ilustres Kiyoshi Harada e Hely Lopes Meirelles.

II.2. Risco Administrativo

Invocando a teoria do risco, que fundamenta a responsabilidade objetiva da CF 37, § 6º, Hely Lopes Meirelles sustenta a incidência da responsabilidade objetiva independentemente de conduta comissiva ou omissiva da administração, dizendo que, quando houver “falta anônima do serviço”, responde a administração objetivamente (NERY JR, 2000. p. 32).

Exemplifica o mestre, que a Administração deve velar pela integridade física da pessoa que se encontra sob seus cuidados (aluno da rede pública, por exemplo). Se algum dano lhes for ocasionado enquanto estiverem sob a égide do Poder Público este é responsável, independente de culpa, uma vez que seu dever era manter a incolumidade física dos mesmos. O exemplo encontra-se de acordo com o explanado anteriormente: a negligência do Estado em cumprir um dever que era legalmente seu, exime a necessidade de prova de culpa, basta que esteja configurado o nexos causal entre o dever que o Estado deixou de cumprir e o dano ocorrido.

Segundo o Prof. Harada, “essa teoria, como o próprio nome está a indicar, é fundada no risco que o Estado gera para os administrados no cumprimento de suas finalidades que, em última análise, resume-se na obtenção do bem comum. [...] Cumpre lembrar, entretanto, que a dispensa de comprovação de culpa da Administração pelo administrado não quer dizer que o Poder Público esteja proibido de comprovar a culpa total ou parcial da vítima para excluir ou atenuar a indenização.” (HARADA, 2000). Assim, excluiu o Risco Administrativo, a responsabilidade do Estado quando há culpa exclusiva da vítima.

II.3. Risco Integral

Em sua obra, “Direito Administrativo”, Dirley da Cunha Jr. ressalta que a Teoria do Risco Administrativo e a Teoria do Risco Integral, são espécies de um mesmo gênero, diferenciando apenas porque a primeira admite causas excludentes de

responsabilidade, enquanto a outra não. Sobre isso, Nelson Nery Jr., afirma que, “do ponto de vista técnico, essas denominadas causas de exclusão da responsabilidade civil são acontecimentos que excluem, na verdade, o nexo de causalidade entre conduta e dano” (NERY JR, 2000. p. 40).

Trata-se de elisão¹⁹ do nexo causal, nas hipóteses de força maior, culpa exclusiva da vítima e caso fortuito. Para O Prof. Harada, é uma exacerbação da teoria do risco administrativo, que conduz ao abuso e a iniquidade social, e que, por isso, jamais encontrou apoio na doutrina ou jurisprudência.

Tendo a Constituição de 1988, a exemplo das anteriores, adotado a teoria da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas indicadas em seu art. 37, §6º, a que bastaria o nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão do ente público ou privado prestador de serviço público, mostra-se, em princípio, despicienda qualquer averiguação do dolo ou da culpa por parte de seus agentes, por desnecessária sua prova (CAHALI, 2004. p. 43).

Adotada, em sua integralidade, a responsabilidade objetiva do Estado, afirma Nelson Nery Jr. (2000, p. 35) que “correto é falar-se, portanto, na existência de *apenas* responsabilidade objetiva da administração pública, pelo risco (art. 37, §6º), sendo impertinente argumentar-se com responsabilidade subjetiva com culpa administrativa pela falta do serviço, bem como é correto falar-se que são requisitos para haver o dever de a administração indenizar: a) dano; b) nexo de causalidade entre conduta (omissiva ou comissiva) da administração e o dano, sendo também impertinente falar-se em “culpa exclusiva da vítima” ou em “força maior” como causas excludentes da responsabilidade civil do poder público”.

¹⁹ Embora muitos autores utilizem o termo exclusão de responsabilidade ensina Nelson Nery Jr. que o correto é falar-se em elisão do nexo causal: “*Do ponto de vista técnico essas denominadas causas de exclusão da responsabilidade civil são acontecimentos que excluem, na verdade, o nexo de causalidade entre conduta e dano. Se a culpa do acidente foi exclusiva da vítima foi porque a conduta da administração, comissiva ou omissiva, não deu causa ao dano*”. A responsabilidade do Estado não é excluída, apenas resta demonstrado que não foram os seus atos que deram causa ao dano. Ou seja, a relação causal foi elidida.

III. Da responsabilidade civil do Estado pela morosidade processual

“A lentidão da Justiça brasileira: Um tormento irrita e atrasa a vida de milhões de brasileiros: a demora da Justiça.”²⁰

“Lentidão da Justiça brasileira transpõe os limites.”²¹

A lentidão que assola a Justiça brasileira nas últimas décadas traz a lume a descrença²² dos jurisdicionados com o Poder Judiciário. O cidadão que, na esperança de ver resolvido seu conflito, requer a prestação da tutela jurisdicional do Estado, responsável, constitucionalmente, por tal atividade, e vê-se, não apenas inconformado em não receber a tutela jurisdicional pretendida, como resta ainda mais prejudicado em razão de sua demora.

Como restou demonstrado anteriormente, a irresponsabilidade nunca foi teoria aceita na doutrina e jurisprudência nacionais (NERY JR, 2000. p. 11). Ao Estado, figura jurídica de direito público instituída para a garantia da ordem social e promoção e dignidade da pessoa humana, não cabe a utilização de argumentos tendenciosos a retirar-lhe a responsabilidade pela má administração da justiça. Portanto, o dano causado ao jurisdicionado pela falta de celeridade na prestação jurisdicional merece - e deve - reconhecer o respectivo ressarcimento pelo Estado, que sem sombra de dúvida, é o responsável pela distribuição da justiça (SILVA, 2004. p. 131).

No ordenamento jurídico pátrio, são diversas as críticas na tentativa de obstruir a responsabilidade do Estado pela prestação da atividade jurisdicional intempestiva. De um lado, as alegações de que o magistrado, por tratar-se de agente político do Estado, não estaria circunscrito entre os agentes que compõe a redação do art. 37, §6º da CF. Contudo, tal argumento não encontra esteio na interpretação constitucional. A redação do referido parágrafo é clara:

²⁰ Disponível em: <<http://jornalnacional.globo.com/Telejornais/JN/0,,MUL578834-10406,00-A+LENTIDAO+DA+JUSTICA+BRASILEIRA.html>>. Acesso em: 24.02.2010

²¹ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-fev-09/lentidao-justica-brasileira-transpoe-limites-nossas-fronteiras>. Acesso em: 09/02/2010.

²² É a lição de Gajardoni: *“...aquele que não vê reconhecido o seu direito em decorrência de um provimento injusto - e injusto considera-se também o provimento oferecido a destempo - passa a não crer mais na justiça”*. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003, p. 48.

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

Em momento algum pretendeu o legislador realizar uma distinção entre os “agentes” a que se aplicam a norma. Se o tivesse, teria incluído expressamente no texto, de modo a não restar dúvidas futuras quando a sua interpretação.

Interpretação é verificação do sentido dos textos. A averiguação do sentido de textos é uma tarefa geral e método de trabalho das ciências humanas (hermenêutica) (*H. Coing*, apud HORN, 2005. p. 187 e SS). No caso em tela, a interpretação adotada deve ser a sistemática teleológica, uma vez que a norma deve ser entendida dentro do contexto legal em que se encontra e de acordo com a sua finalidade legal.

A própria história Constitucional brasileira inadmitte controvérsias. O contexto de redemocratização em que se deu a promulgação do atual diploma e o próprio *caput* do art. 5º promovem a igualdade de todos perante a Lei Maior. Se desejasse subtrair os magistrados da responsabilidade objetiva que informa o sistema constitucional, o legislador tê-lo-ia feito expressamente. Afinal, não se admite que o intérprete o faça em desconformidade com as demais normas constitucionais.

Com relação à finalidade da norma, também não poderia ser mais claro, já que, desde sempre afastada a irresponsabilidade, e, a partir da Carta de 1946, assumido expressamente o compromisso da responsabilidade objetiva.

Ademais, há que se verificar que a redação da Carta Magna em vigor, no que tange a responsabilidade estatal, para dirimir qualquer dúvida sobre o tipo de ocupação/investidura do agente que exerce função na atividade estatal, substituiu a expressão *funcionário*, contida na Carta anterior, para a de *agente*. Assim, o termo utilizado no atual texto mostra-se bastante abrangente para relacionar “...todas as categorias de pessoas que, a qualquer título, prestem serviços ao Estado.” (SILVA, 2004. p. 139).

Outro argumento comumente utilizado a favor da irresponsabilidade do Estado pelos atos judiciais está relacionado à própria Soberania dos Poderes da República.

Todavia, acompanhamos os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao afirmar que a Soberania não está ligada a irresponsabilidade. Todo e qualquer ato do Estado, advindo de qualquer um de seus Poderes, está, ao mesmo tempo, estipulado e limitado pela lei. De modo que não pode furtar-se em responder por ele, ainda mais quando o é, como no caso da morosidade processual, em descumprimento expreso a legislação vigente, como veremos adiante.

Além disso, como se explica o fato de ser amplamente reconhecida, na doutrina e jurisprudência, a responsabilidade civil dos atos do Poder Executivo? A nosso ver, a adoção da irresponsabilidade por apenas um dos poderes da República, esta sim atenta contra a Soberania dos demais.

Sublinhe-se que, no Estado democrático, inconcebível a sustentação da impunidade de pessoas de direito público, e, diante dessa premissa, qualquer tese relativa as formas de atuação do Estado em suas atividades, fugirá dos ditames defendidos pelos princípios gerais do direito (SILVA, 2004, p. 146).

A esse respeito, Bandeira de Mello assevera que um dos princípios basilares do direito moderno é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas e privadas, ao quadro da ordem jurídica de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiro engendra para o autor do dano a obrigação de repará-lo (BANDEIRA DE MELLO, apud SILVA, 2004, p.146).

O Estado, por resguardar exclusivamente para si a competência judiciária, em virtude da própria separação dos Poderes da República, se coloca na posição de prestador/fornecedor do serviço jurisdicional. Tal posição é embasada, entre outros, por Kazuo Watanabe e Mauro Cappelletti²³, que no mais das vezes, referem-se a prestação jurisdicional exercida pelo Judiciário, como espécie de serviço colocado a disposição do cidadão.

²³ “Aqui no Brasil recebemos generosos sopros vindos da Escola de Florença e das arrojadas propostas de Mauro Cappelletti em prol da efetividade do processo com instrumento a serviço dos consumidores do serviço jurisdicional” In: DINAMARCO, Candido Rangel. **Homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 176, ano 34, p. 275-282, out., 2009. p. 279.

Como espécie de serviço público que o Estado tem o dever legal de fornecer²⁴, a prestação jurisdicional deve obedecer, não excetuando-se os demais, aos Princípios Administrativos que regem o âmbito dos serviços públicos. Em se tratando de prestação jurisdicional intempestiva, não há como negar a patente ofensa ao Princípio da Eficiência, que, no dizeres de Diógenes Gasparini, atribui a execução de tais serviços com “rapidez, perfeição e rendimento”.

Por si só a ofensa ao Princípio da Eficiência já seria suficiente para desmistificar os argumentos de que a responsabilidade civil pelo comportamento judicial está restrita aos limites da Lei, e que a hipótese da prestação morosa não encontraria guarida no ordenamento. Todavia, tal ilação não pode ser verdadeira. As alterações ocorridas com a cultura constitucional inaugurada na Carta de 1988 determinam que as leis e dispositivos normativos sejam interpretados a luz dos princípios que informam o ordenamento jurídico.

Neste ínterim, é cediço que o Princípio da Eficiência, há muito sedimentado na mais tradicional doutrina administrativista, informa também a prestação da atividade jurisdicional, que não pode dele olvidar-se. Além do que, o aludido princípio encontra guarida constitucional expressa, como depreendemos do art. 37, *caput*:

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

Se não bastasse, a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, denominada Reforma do Judiciário, que incluiu o inciso LXXVIII, art. 5º, a saber:

“LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

²⁴ O acesso a justiça é garantido já no Preâmbulo da Carta Constitucional. Cf: MARÇAL, Patrícia F. **Estudo comparado do preâmbulo da Constituição Federal do Brasil**. 1 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam:

A norma garante aos brasileiros e residentes no Brasil o direito a razoável duração do processo, judicial ou administrativo. Razoável duração do processo é conceito legal indeterminado que deve ser preenchido pelo juiz, no caso concreto, quando a garantia for invocada. Norma de eficácia plena e imediata (CF 5º, §1º), não necessita de regulamentação para ser aplicada. Cabe ao Poder Executivo dar os meios materiais e logísticos suficientes à administração pública e aos Poderes Legislativo e Judiciário, para que se consiga terminar o processo judicial e/ou administrativo em prazo razoável (NERY JR, e NERY, 2006. p. 140).

O direito à razoável duração do processo é a extensão normativa do princípio da eficiência, estipulando-lhe os limites e competências. Retomando os dizeres de Gasparini, a razoável duração do processo é a conjugação dos valores da rapidez, perfeição e rendimento que compõe a eficiência dos serviços públicos.

III.1 Suporte normativo

Como bem salientaram os ilustres autores, o direito à razoável duração do processo é conceito legal indeterminado, de tal sorte que também reveste-se, muitas vezes, do princípio da celeridade processual, em extensão e complementação ao princípio da eficiência.

Tal posição é endossada também por Fernando da Fonseca Gajardoni:

“parece-nos pertinente afirmar que a garantia constitucional da tutela jurisdicional é portadora, também, do direito à celeridade do processo, de modo que ofertando-se tutela intempestiva, estar-se-á atentando contra o próprio conceito de jurisdição” (GAJARDONI, 2003, p. 49).

Por celeridade, em sua definição propriamente gramatical, do latim *celeritate*, entendemos a presteza que deve andar conjuntamente com a prestação jurisdicional do Estado. O processo não pode ser tão rápido que impeça o exercício pleno da cognição e cerceie a defesa, nem tão lento que, quando o Juiz emitir o seu pronunciamento final, a lide tenha perdido o objeto. É a tempestividade com que o Estado presta o serviço jurisdicional.

Para Luiz Guilherme Marinoni:

“o direito à defesa, assim como o direito à tempestividade da tutela jurisdicional, são direitos constitucionalmente tutelados. Todos sabem, de fato, que o direito de acesso à justiça, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Constituição da República, não quer dizer apenas que todos tem o direito de ir à juízo, mas também quer significar que todos tem direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva.” (MARINONI, 1998, p. 18).

O princípio da celeridade, por sua vez, encontra-se encampado no ordenamento jurídico brasileiro, pelo princípio do “*due process of Law*”, que encontra guarida constitucional no art. 5º, LIV:

“LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

Para Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery:

“trata-se de postulado fundamental do direito constitucional (gênero), do qual derivam todos os outros princípios (espécies). Genericamente a cláusula do *due process* se manifesta na proteção à *vida-liberdade-propriedade* em sentido amplo” (NERY JR, e NERY, 2006. p. 134).

Assim também entende Ivan de Oliveira Silva, ao afirmar que o princípio do devido processo legal deve ser entendido extensivamente, de modo a informar todo o sistema normativo brasileiro. Continua, afirmando que a ofensa à duração razoável do processo, fere o princípio da celeridade, que é espécie de um gênero maior, que informa todo o sistema de direito processual, o devido processo legal.²⁵

Essa violação ininterrupta de princípios, por si só enseja a responsabilidade do Estado. Não há como se falar em processo justo, se o mesmo for lento em demasia. E o devido processo legal é um meio de garantir aos jurisdicionados o aludido “processo justo”, que, nada mais é, que a prestação da tutela jurisdicional “efetiva, adequada e tempestiva” de que nos fala Marinoni.

²⁵ Contrário a este tese Marinoni afirma que “o direito do demandado à celeridade do processo não pode ser extraído do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ou ser visto como seu corolário” In: MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à razoável duração do processo. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Nota Dez, p. 11-27, abr., 2009.

Assim, a cláusula do devido processo legal dá amplo suporte à responsabilidade civil do Estado, uma vez que, conforme o entendimento doutrinário, deve ser entendida em sentido amplo, extensivo: o direito a brevidade processual é um reflexo das liberdades individuais do jurisdicionado, a saber, o acesso a uma ordem jurídica justa.

Não basta a simples possibilidade de apreciação da lesão ou ameaça de direito²⁶ mas, como já se firmou, é necessário que o litígio seja apreciado conforme o princípio da brevidade processual (SILVA, 2004, p. 145). Não há mais dúvida, na atualidade, de que a tempestividade da tutela jurisdicional, além de compreendida entre os denominados direitos humanos, encontra suporte, explícita ou implicitamente, dentro de um amplo conceito constitucional de acesso à justiça (GAJARDONI, 2003, p. 49).

Como salienta Gajardoni, diversos países vêm adotando a tese da inalienabilidade do direito a celeridade processual seja através de ordenamentos internos²⁷ ou de tratados internacionais.²⁸

No Brasil, o parágrafo segundo, do art. 5º da Constituição da República, aufere que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, **ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte**”.

O Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, pactuado pelo Estado brasileiro no mesmo ano, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 27/92 e integrado à ordem jurídica pátria através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992,²⁹ alçou a categoria de direitos individual, logo, inalienável, a razoável duração do

²⁶ Art. 5º, inciso XXXV, CF/88: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

²⁷ Entre os mais importantes cumpre destacar a Constituição Espanhola, o Código de Processo Civil Português e a Constituição Italiana.

²⁸ Além do Pacto de São José da Costa Rica, tratam do tema o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos de Nova York, a Convenção de Roma e a Convenção Européia de Direitos Humanos.

²⁹ A respeito da incorporação do Pacto de São José da Costa Rica em nosso ordenamento:

AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNCIONAMENTO DE RÁDIO COMUNITÁRIA. **CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM FUNDAMENTO NO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA**. Controvérsia decidida com fundamento no Pacto de São José da Costa Rica.

processo judicial, além de compreendida entre os denominados direitos humanos de quarta geração³⁰, dos quais tratava Bobbio (2004).

O Pacto, também denominado Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, após a sua promulgação pelo Decreto nº 678/92, adquiriu natureza infraconstitucional, com posição hierárquica de Lei ordinária. Todavia, o § 3º do art. 5º da CF, incluído pela EC nº 45/04 aduz: “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*” Assim, levanta-se a questão: o Pacto de São José da Costa Rica, promulgado anteriormente à EC 45 seria dotado de posição hierárquica equivalente à EC, mesmo não tendo sido colocado à aprovação no Congresso após a entrada em vigor da EC nº 45?

Em decisão recente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (Brasil, STF, HC 87585/TO Rel. Min. Marco Aurélio DJU 3 dez. 2008) decidiu que “*a ordem de prisão que se argúi contraria a Emenda Constitucional nº 45/2004, no que endossados tratados e convenções internacionais obre direitos humanos. [...] A Circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, a limitar a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável da prestação alimentícia, a conduz à inexistência de balizas visando a eficácia do que previsto no inciso LXVII da Constituição Federal [...] com a introdução, no cenário jurídico nacional, do Pacto referido, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da prisão do depositário infiel.*” g.n.

Ao firmar que as normas do Pacto tem condão de derogar disposições constitucionais, a decisão da Corte (ainda que de forma não unânime³¹) prevaleceu a tese da status de supralegalidade do Pacto, que, assim com os demais tratados pactuados

Ofensa indireta à Constituição do Brasil. Agravos regimentais a que se nega provimento. (Brasil, STF, AgReg no RE 556817/RN Rel. Min. Eros Grau DJU 28 abr. 2009)

DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. (Brasil, STF, HC 89634/SP Rel. Min. Marco Aurélio DJU 24 mar. 2009)

³⁰ Cf. n. 54.

³¹ Foram vencidos os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau.

durante a vigência da CF/88 e a superveniência da EC nº 45/04, embora não submetidos aos requisitos atinentes ao art. 5º, § 3º da Constituição, assumem caráter notadamente constitucional, equiparados, portanto, às Emendas a Constituição, tornando-se imunes a reduções futuras, por força do art. 60, § 4º, inciso IV da CF.

Logo, não há como negar o fato de que a Convenção Americana dos Direitos Humanos obriga o Estado Brasileiro, através do Poder Judiciário, manifestar-se nos processos judiciais dentro de um lapso temporal razoável (SILVA, 2004, p. 142).

Inclui entre as garantias judiciais a de um julgamento em prazo razoável. Assim aufere-se do artigo 8, item 1:

“Artículo 8. Garantías Judiciales

*1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”*³²

A garantia constitucional do processo sem dilações indevidas não é uma mera declaração de intenções dirigida ao Judiciário, mas sim um autêntica norma programática, cujo mandamento deve ser cumprido por todos os Poderes do Estado. Ao Poder Legislativo é exigida uma especial atenção ao elemento temporal, no momento de elaborar a legislação processual aplicável. Ao Poder Executivo a tarefa de articular a estrutura orgânica e material necessária para função jurisdicional e dar apoio complemento na execução dos julgados. E finalmente ao Poder Judiciário, incumbe utilizar, de forma eficiente, os meios postos à sua disposição, bem como cumprir rigorosamente os prazos processuais (GAJARDONI, 2003, p. 49).

Logo, não há como negar o fato de que a Convenção Americana dos Direitos Humanos, obriga o Estado brasileiro através do Judiciário, manifestar-se nos processo

³² Parece-nos que o legislador, ao se referir a “direitos e obrigações de qualquer outra natureza” não pretendia restringir a razoável duração do processo apenas em âmbito judicial, ainda que pese ter utilizados os termos “juiz ou tribunal competente”; não parece haver impedimento de as mesmas garantias serem estendidas a seara processual administrativa, por exemplo. Afinal, trata-se de um direito pessoal inalienável.

judiciais dentro de um lapso temporal razoável (SILVA, 2004, p. 142). O direito a tutela jurisdicional tempestiva deriva da própria Constituição (art. 5º, § 2º).

A importância do Pacto de São José da Costa Rica é salutar no reconhecimento das garantias processuais como método de efetivação dos direitos e garantias individuais no âmbito processual., destacando-se, principalmente, o direito a tempestividade da tutela pretendida.

Assim, os princípios inovadores que inspiraram a redação do Pacto foram adotados também pelo legislador brasileiro na Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, também chamada de Reforma do Judiciário, que com a pretensão de trazer maior celeridade a atividade jurisdicional, alterou, entre outros, o art. 5º, passando a vigorar:

“LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

A denominada Reforma do Judiciário, entre outras inovações, trouxe expressamente para nosso ordenamento jurídico a defesa a uma “duração razoável do processo” como forma de se garantir a dignidade das partes.

Deste modo, ficam repisadas todas e quaisquer dúvidas suscitadas quanto à aplicabilidade do Pacto de São José da Costa Rica, uma vez que o legislador constitucional optou por adotar expressamente os direitos e garantias por ele enunciados.

Embora a garantia a “razoável duração do processo” já encontrasse guarida, na forma de lei ordinária, desde a promulgação do Pacto em 1992, a Emenda Constitucional nº 45/04 trouxe a lume, definitivamente, a garantia que o Brasil, como Estado de Direito, não poderia mais furtar-se de patrocinar aos seus cidadãos. Daí reconhecer-se que, ao definir expressamente a proteção a esse complexo direito do jurisdicionado, a EC 45/04 também solidificou a responsabilidade do Estado em oferecer esta garantia, diga-se de passagem, imprescindível, à atuação da Justiça.

Como bem asseverou Gajardoni (2003, p 62), não trata-se de mera carta de intenções. Retomando os ensinamentos de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 48), trata-se de norma de eficácia plena e imediata (art. 5º. § 1º CF) que deve ser respeitada. É obrigação, ou melhor, dever do Estado em cumprir a norma. Portanto, se não o faz, não há que se falar em irresponsabilidade.

Por fim, ainda que de forma receosa, a jurisprudência dos Tribunais brasileiros vem enfrentando a questão da responsabilidade do Estado pela prática dos atos judiciais. A posição de nossas Cortes começa a caminhar no sentido de admitir plenamente a responsabilidade objetiva pelo risco, pactuado na CF art. 37 § 6º. Todavia, a assertiva não é completa, uma vez que a questão da morosidade processual ainda não foi enfrentada em julgados de fato. Contudo, merece atenção o brilhantismo aresto de autoria do então Min. Sepúlveda Pertence:

Erro judiciário. Indenização. Direito à indenização por danos morais decorrentes de condenação desconstituída em revisão criminal e de prisão preventiva. CF 5º. LXXXV. CPP 630. O direito à indenização da vítima de erro judiciário e daquela presa além do tempo devido, previsto na CF 5º LXXXV, já era previsto no CPP 630, com a exceção do caso de ação penal privada, e só uma hipótese de exoneração, quando para a condenação tivesse contribuído o próprio réu. A regra constitucional não veio para aditar pressupostos subjetivos à regra geral da responsabilidade fundada no risco administrativo, conforme a CF 37 § 6º: a partir do entendimento consolidado de que a regra geral é a irresponsabilidade civil do Estado por atos de jurisdição, estabelece que, naqueles casos, a indenização é uma garantia individual, e manifestamente, não a submete à exigência de dolo ou culpa do magistrado. A CF 5º LXXXV é uma garantia, um mínimo, que nem impede a Lei, nem impede eventuais construções doutrinárias que venham a reconhecer a responsabilidade do Estado em hipóteses em que não a de erro judiciário *stricto sensu*, mas de evidente falta objetiva do serviço público da justiça (Brasil, STF, RE 505393/PE Rel. Min. Sepúlveda Pertence DJU 5 jan. 2007)

³³ g.n.

III.2 O conceito de “razoável duração do processo”

Ainda que a EC 45/04 tenha se limitado a declarar um princípio implícito da Constituição (ASSIS, 2006, p. 195), até o presente momento não foi fixado, em nenhum dos ordenamentos jurídicos mencionados, um prazo razoável para a duração do processo, um lapso temporal que possa ser considerado ideal para que o procedimento transite, do começo ao fim, sem dilações indevidas (GAJARDONI, 2003, p. 57).

³³ NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 7 ed. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 800

Não basta que o legislador reconheça expressamente a razoável duração do processo como garantia fundamental do jurisdicionado. Conforme lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 48), “razoável duração do processo é conceito legal indeterminado que deve ser preenchido pelo juiz, no caso concreto, quando a garantia for invocada”. Contudo, é parte da tarefa de todos os operadores do direito trabalhar na elaboração dos contornos que devem nortear essa conceituação.

Gajardoni destaca que a mesma situação ocorre em outros países, e traz a lume os casos da doutrina norte-americana e espanhola, concluindo que, como aquelas, “fixar o lapso temporal aceitável do processo civil brasileiro, ou de qualquer outro país, exige, antes de tudo, a consciência de que, tanto quanto uma árvore para dar frutos, cada demanda tem o seu tempo. Exatamente por isso que, nessa análise, fatores internos e externos a cada processo devem ser apreciados” (GAJARDONI, 2003, p. 58).

O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, quando se refere ao direito à duração razoável do processo, expressa que este direito requer os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Assim, explicita-se que o direito à razoável duração exige prestações positivas do legislador, do administrador e do juiz (MARINONI, 2009, p. 12).

Ou seja, o conceito de razoável duração não deve ser buscado apenas nos tempos processuais, sejam eles próprios ou impróprios (tempos mortos)³⁴, mas também nos meios exteriorizados do processo, que sejam capazes de garantir o cumprimento de tais prazos.³⁵ Tais meios, nada mais são que as “prestações positivas” de que fala Marinoni.

No tocante ao legislador, cabe o dever de proteção normativa, que consiste em garantir que as normas sobre a matéria não restrinjam o tempo processual de modo que

³⁴ “Todas as vezes que fluem aqueles prazos, ditos impróprios, da secretaria e do magistrado, onde os autos dormitam em estantes, gavetas ou mesmo desaparecem, esperando, o tecnicamente, impulso oficial” In: BAHIA, A. G. M. F., NUNES, D. J. C. Eficiência processual. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 169, ano 34, p. 116-140, mar., 2009. p. 130.

³⁵ Gajardoni, embora admita a necessidade da análise de fatores externos, afirma que “o tempo ideal do processo é aquele resultante do somatório dos prazos fixados no CPC (...) mais o tempo de trânsito dos autos”. Contudo, acreditamos, fazendo coro a Marinoni, que tal conceituação seria insuficiente, pois não traria à baila a realidade dos tais fatores externos, como as condições e verbas do Judiciário, entre outros.

implique na dificuldade de realização do ato. O Juiz, por sua vez, é quem comanda o processo, logo, tem o dever de garantir a tempestividade dos atos que o compõe, não apenas no âmbito dos seus atos legais que deve praticar (despacho, interlocutória e sentença), mas também no âmbito administrativo de seu próprio Ofício. Por fim, o Administrador, ou seja, o Poder Executivo, tem o dever de dotar o Judiciário dos recursos necessários para a consecução dos meios imprescindíveis à administração da justiça.³⁶

O dever de zelar pela razoável duração do processo não cumpre apenas ao Estado, mas também às partes, tanto o autor como o réu. Para Marinoni, o réu também tem interesse à celeridade do processo, embora o seu interesse não tenha a mesma qualidade do interesse do autor (MARINONI, 2009, p. 13). O uso procrastinatório dos instrumentos processuais já foi objeto de observação do legislador, através do art. 17 do Código de Processo Civil, e, ao que parece, para este fim o remédio processual tem sido satisfatório.

Finalmente, é cediça a dificuldade da tarefa de conceituar a razoável duração do processo. É tarefa que, indubitavelmente fica à cognição do Juiz. Todavia parece-nos que, nesta tarefa, deve atenção às lições de Marinoni, observando, impreterivelmente, no âmbito interno do processo, o cumprimento dos prazos próprios, o transcorrer dos tempos-mortos³⁷ e a atuação das partes; no âmbito externo, a condução que foi dada ao processo pelo Magistrado que o presidiu e as condições estruturais daqueles órgãos judiciário no qual tramitou.

“José Carlos Barbosa Moreira, em estudo notável, afirma que o termo efetividade contempla noção abrangente, que comporta dose inevitável de fluidez. Por isso, sintetizou em cinco itens aquilo que considera ser a problemática essencial da efetividade. Parece-nos, sem dúvida, sobre o tema, a definição mais completa, abrangente e que realmente explica o que vem a

³⁶ Como exemplo temos que a referida EC 45 acrescentou o art. 93, XII, da CF/1988 a exigência de que “o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população” In: ASSIS, loc. cit.

³⁷ Acreditamos que o cumprimento dos prazos impróprios não pode ser peremptório, em virtude, muitas vezes, das condições da circunscrição em que se tramita o processo. Portanto, deve o juiz analisar no caso concreto a atuação do Magistrado no cumprimento de tais prazos.

ser efetividade e delinea seus contornos. Seu programa básico em prol da campanha da efetividade é o seguinte:

a) O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, que se possam inferir do sistema;

b) Esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;

c) Impende assegurar condições propícias à exata e completa restituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;

d) Em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;

e) Cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.

Com esses postulados, o que se espera é que o processo atinja adequadamente seus fins. Cuida-se de metas ideais, como adverte Barbosa Moreira. Isto porque, explica, a perfeição não é deste mundo e além dos limites de fato representados por toda sorte de obstáculos, há também os limites de direito, decorrentes da necessidade de preservar outros bens ou valores.” (ZANFERDINI, 2007)

Talvez, a melhor maneira de proceder a conceituação desse vago preceito (razoável duração) seja inverter a ordem processual: se na análise dos fatos pelo magistrado restar comprovado que a parte sofreu dano em virtude da demora na tramitação processual, seguramente, este processo, *in casu*, não obedeceu ao princípio da razoável duração. O tempo-inimigo, de que tratava Carnelutti, é aquele que corre sempre em desfavor da justiça: para que a justiça seja injusta, não é necessário que atue equivocadamente. Basta que não julgue quando deva.

IV. Os remédios processuais cabíveis

A leitura moderna de um dispositivo constitucional que tradicionalmente era interpretado como portador da mera garantia da ação (art. 5º, XXXV, da CF), associada ao compromisso assumido pelo Estado brasileiro ao subscrever a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) para oferecer uma tutela jurisdicional em tempo razoável, levou o legislador, em tempos recentes, a institucionalizar soluções destinadas a agilizar a obtenção dos resultados do processo (DINAMARCO, 2005, p. 497).

Dentre as soluções processuais que alude Dinamarco, cumpre destacar, a nosso ver, as mais eficazes, em se tratando de situações concretas que discutiremos a seguir: São elas: o Mandado de Segurança, a Ação Popular e a Ação de Indenização.

IV.1. O Mandado de Segurança

A garantia à razoável duração do processo encontrou guarida definitiva em nosso ordenamento jurídico a partir da promulgação da Emenda Constitucional 45/04, sendo, conforme lição já explanada por Nelson Nery Jr³⁸, considerada “norma de eficácia plena e imediata”.

Parece-nos, portanto, que o argumento de que o direito fundamental à razoável duração do processo constitui mera cláusula aberta, dependente da edição de normas infraconstitucionais para aquisição de eficácia plena, não poderá servir de pretexto para que se lhe nega aplicação prática, seja porque o sistema já oferece instrumentos voltados à garantia da celeridade processual, seja porque, na ausência desse instrumental, a atividade do hermeneuta deverá supri-lo tanto quanto possível (BARRUFINI, 2006, p. 107).

Reconhecida, como o é de fato, a eficácia plena e imediata do dispositivo constitucional, qualquer ação ou omissão do Estado que contrarie a norma, ou seja, qualquer dilação indevida no transcorrer do processo que enseje a parte demora

³⁸ Cf. n. 48.

excessiva em receber a tutela jurisdicional pretendida fere uma garantia individual constitucionalmente reconhecida.

Desta feita, “com a verificação de que quaisquer dessas ou outras garantias voltadas à efetividade da jurisdição não foram asseguradas ou com a constatação de que, por outras razões, houve demora excepcional ou injustificada no andamento do processo, restará configurada injusta violação de direito líquido e certo, abrindo caminho para correção da lesão pela via do mandado de segurança” (BARRUFINI, 2006, p. 115).³⁹

A ordem jurídica brasileira garante a todos os jurisdicionados a razoável duração do processo, entretanto, o legislador absteve-se de determinar os meios para efetivação de tal direito. Kazuo Watanabe acredita que a concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos (inclusive o direito à razoável duração do processo), passa, além do esforço interpretativo que procure suprir eventuais imperfeições, pela atribuição a certos institutos processuais, como o mandado de segurança, da notável função de cobrir as falhas existentes no sistema (WATANABE, 1999. p. 27).

Neste ínterim, é forçoso reconhecer que diversas questões devem ser enfrentadas, tais como o esgotamento prévio de todas as vias previstas no ordenamento jurídico e a complexidade dos fatos e questões a serem discutidas no *mandamus*. Todavia, ainda encontrem diversas barreiras na doutrina pátria, a jurisprudência tem-se encaminhado para superar tais obstáculos, como vemos na RT 254/104 - TJSP:

“As questões de direito, por mais intrincadas e difíceis, podem ser resolvidas em mandado de segurança”

Por fim, superadas as questões atinentes ao cabimento do *mandamus*, há que se atentar proficuamente ao seu objeto. Adotada a tese pelo seu cabimento, aqui defendida por nós, o objeto do *mandamus* seria necessariamente, restrito. Explicamo-nos: devido a seu caráter notadamente preventivo, a utilização do mandado de segurança pela parte que vem sofrendo diversos prejuízos em virtude na demora da procedência judicial deve

³⁹ No mesmo sentido ver: GAJARDONI, op. cit. p. 94.

servir-se deste remédio constitucional com a finalidade de verem cessados os prejuízos que se acumulam.

Ora, se os prejuízos acumulados pela parte estão única e exclusivamente relacionados à lentidão da prestação jurisdicional, a única maneira de ver-se a parte completamente protegida de sofrer mais lesões do que aquelas que já, estaria, portanto, relacionada ao pedido em sede do mandado de segurança: deve a parte lesionada utilizá-lo, quando, na iminência de lesão a direito seu, ou tendo-o já lesado, requerer, pela via do mandado de segurança, o julgamento de imediato da lide, para que assim, cesse a demora que lhe é causa dos infortúnios.

Esta é, a nosso ver, a única possibilidade de utilização do *writ* para ver cessado os danos que a parte vem sofrendo, uma vez que, para tal, frise-se, tais danos devem ter ligação única e exclusiva com a demora na prestação da tutela jurisdicional tempestiva, ou seja, decorrem da responsabilidade objetiva do Estado: havendo dano ocorrido em virtude da atividade jurisdicional intempestiva, esta o dever de indenizar à Administração Pública.

IV.2. A Ação Popular

A demora na prestação jurisdicional, bem como as demais modalidades de atividade jurisdicional danosa, cai no conceito de serviço público imperfeito (ANNONI, 2003, p. 76). A tradicional doutrina administrativa é cediça ao se referir à “prestação da tutela jurisdicional” como espécie de serviços públicos. A tal assertiva fazem coro os renomados mestres Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles, entre outros. Ensina esta mesma escola que os pilares norteadores do regime dos serviços públicos podem ser observados principalmente através dos Princípios da Continuidade e Eficiência.

“O Princípio da Eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.” (MEIRELLES, 2002, p. 94).

O princípio da Continuidade refere-se notadamente ao chamados serviços essenciais, dentre os quais não podemos excluir a Administração da Justiça (ou a prestação da tutela jurisdicional). Para Celso Ribeiros Bastos:

“O serviço público deve ser prestado de maneira contínua, o que significa dizer que não é passível de interrupção. Isto ocorre pela própria importância de que o serviço público se reveste, o que implica ser colocado à disposição do usuário com qualidade e regularidade, assim como com eficiência e oportunidade. (...) Essa continuidade afigura-se em alguns casos de maneira absoluta, quer dizer, sem qualquer abrandamento, como ocorre com serviços que atendem necessidades permanentes, como é o caso de fornecimento de água, gás, eletricidade. Diante, pois, da recusa de um serviço público, ou do seu fornecimento, ou mesmo da cessação indevida deste, **pode o usuário utilizar-se das ações judiciais cabíveis, até as de rito mais célere, como o mandado de segurança e a própria ação cominatória**” (BASTOS, 1996, p. 165).

Como visto, o ilustre doutrinador admite inclusive a utilização dos *writs* constitucionais quando o serviço público mostrar-se ineficiente e/ou incontinuo. A tutela intempestiva, ou a chamada justiça morosa, é por sua vez, tanto incontinua quanto ineficiente, ou seja, fere diretamente os princípios brasileiros que regem os serviços públicos.

Embora não diretamente mencionada por Celso Ribeiro, a ação popular é outro writ constitucional, a nosso ver, também capaz de desempenhar função semelhante. Nos dizeres de Hely Lopes Meirelles, “ação popular é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos -ou a estes equiparados - *ilegais* e lesivos ao patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público” (MEIRELLES, 1992. p. 85).

Neste ínterim, a suspensão e/ou ineficácia de serviços públicos, mais especificamente, a tutela jurisdicional proferida tardiamente, é considerada um ato ilegal da Administração, podendo ser objeto de Ação Popular para revisar o ato.

Tal entendimento encontra guarida, inclusive, no Supremo Tribunal Federal:

“O entendimento do sentido de que, para o cabimento da ação popular, **basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar de princípios que**

norteiam a Administração Pública, sendo dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inciso LI do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico.” (Brasil, STF, R.E. 170768/SP Rel. Min. Ilmar Galvão DJU 13 ago. 1999) *g.n.*

Ora, em se tratando de morosidade judicial, estão avidamente contrariados não apenas os princípios que balizam os serviços públicos (eficiência e continuidade) bem como as próprias normas específicas que regem a prática da tutela jurisdicional: a decisão judicial proferida a destempo vai de encontro com o que prevê o art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal.

Admitida, portanto, a prestação da tutela jurisdicional como espécie de serviço público, resta tacitamente acolhida a possibilidade de ajuizamento de ação popular para revisão do ato.

Também aqui, ainda que admitido o cabimento do *writ*, diversas questões procedimentais devem ser levantadas: a AP popular é instrumento a ser utilizado contra a inefetividade de um determinado processo *sub judice* ou contra o sistema que é moroso? Na primeira hipótese, alguém além das partes poderia utilizar-se da AP? Ou ainda, em não tendo natureza recursal, quem poderia?

Em contrapartida ao regime de ajuizamento creditado ao MS, acreditamos que a AP é cabível contra o sistema moroso como um todo, não devendo ser ajuizado sob um único processo, uma vez que, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles, a AP “é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade utilizável por qualquer de seus membros, por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo.” (MEIRELLES, 2002, p. 86).

Tome-se por exemplo um cidadão de determinada localidade que ajuíza AP para criação de uma segunda vara judicial, haja vista que a existência de vara única é insuficiente para a demanda local, restando seriamente prejudicado a tempestividade de todos os processo em andamento. Ele atua *nomine proprio* na defesa de um direito

coletivo, sendo que ao final ele também verá o seu pedido *sub judice* atendido pelo provimento final da AP.^{40 41}

José Maria Tesheiner invoca Seabra Fagundes, ao afirmar que “na ação popular, o indivíduo que, intentando-a, assume posição de autor, não é titular do direito substancial lesado, cuja restauração se procure mediante pronunciamento do Poder Judiciário. O seu direito é meramente processual. É o direito de ser parte em sentido formal, para obter o reconhecimento de direito subjetivo de terceiro [e seu próprio também]” (TESHEINER, 2009. p. 399 e ss).

Ainda que não haja impedimento quanto a ser ajuizada em resposta a um único processo *sub judice*, a ação popular não deve ter por objeto direitos individuais. Deve a parte recorrer a via do MS como instrumento mais adequado para tanto. A AP popular cabe o papel de resguardar os direitos da coletividade, devendo ser utilizada contra o sistema, quando este se mostrar ineficiente.

IV.3. A Ação de Indenização

Para Cahali, são quatro os pressupostos da pretensão indenizatória: i) qualidade do agente; ii) tipo do serviço; iii) evento danoso e iv) nexo causal.

O Estado, como pessoa jurídica, desfruta apenas de uma realidade técnica, somente podendo agir⁴² por intermédio de seus representantes, agentes ou prepostos (CAHALI, 1984, p. 370). Não importa, para configurar-se a indenização, que o dano

⁴⁰ Precedente semelhante pode ser encontrado: “na cidade de Rio Claro o Promotor de Justiça ingressou com uma Ação Civil Pública (instrumento do Estado Democrático de Direito) para obrigar a municipalidade a criá-las (vagas escolares) para que no ano de 98 nenhuma criança ficasse fora da escola, sob pena de multa diária, além de responsabilizar penalmente o prefeito, que poderia ser destituído do cargo e ficar inabilitado para o exercício de cargo ou função pública por 5 anos. O juiz determinou liminarmente a criação das vagas. Não houve contestação da prefeitura” In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 39.

⁴¹ Mais recentemente, a 2ª Vara da Infância e da Juventude de Maceió determinou o bloqueio de R\$ 549 mil reais da conta do município para garantir a matrícula de crianças que ficaram fora das escolas em 2010. o pedido foi feito por meio de uma ACP do Ministério Público Estadual.

⁴² O verbo “agir” utilizado pelo autor deve ser entendido relativo tanto à ação quanto a omissão praticada pelo agente.

tenha ocorrido em desalinho com a função exercida pelo agente, desde que tenha compactuada com o dano agindo nessa qualidade, de agente público.

“No plano da responsabilidade civil do Estado, interessa considerar particularmente à natureza do serviço prestado: serviços públicos propriamente, caracterizados pela sua necessidade ou essencialidade, e serviços de utilidade pública, não essenciais mas remarcados pela sua conveniência; serviços próprios do Estado, relacionados intimamente com as atribuições do Poder Público, e serviços impróprios do Estado (...)

Em atenção ao sistema do nosso direito, tem-se como primeiro enunciado que, em se tratando de atividade concernente à prestação centralizada do serviço e causadora de dano ao particular, daí resulta a responsabilidade objetiva do art. 107 (**atual art. 36, § 6º**) da Constituição, e isto sem qualquer consideração à natureza do serviço prestado.” (CAHALI, 1984, p. 373).

Há também que se considerar o evento, efetivamente, danoso aos direitos do particular. “No direito brasileiro, o dano ressarcível tanto resulta de ato doloso ou culposo do representante do Estado, como também de ato que, embora não culposo ou revelador de falha da máquina administrativa, tenha-se caracterizado como injusto para o particular, com lesivo de direito” (CAHALI, 1984, p. 369).

Finalmente, o prejuízo de que se queixa o administrado tem de ser consequência direta ou indireta da atividade ou omissão do Poder Público: “a responsabilidade da Administração Pública, desvinculada de qualquer fator subjetivo, pode, por isso, ser afirmada independentemente de demonstração de culpa - mas está sempre submetida, como é óbvio, à demonstração de que foi o serviço público que causou o dano sofrido pelo autor” (RJTJSP, 68: 145) (CAHALI, 1984, p. 370). Ou seja, tem que restar caracterizado o liame causal entre a conduta do Poder Público e o dano suportado pelo jurisdicionado.⁴³

Contudo, os pressupostos da pretensão indenizatória elencados pelo ilustre jurista não bastam para solucionar todos os liames da ação: quais seriam os critérios adotados para quantificar o quantum indenizatório? Diversos autores, inclusive o próprio Cahali, aludem também a existência não apenas do dano material, mas também do dano moral suportado pelo jurisdicionado.

⁴³ Não demonstrada a relação entre conduta e dano, estaremos diante de uma cláusula excludente da responsabilidade civil, que, para Nelson Nery Jr., nada mais é que a elisão do nexa causal.

Com relação a litisconsórcio, poderia o autor da demanda incluir o agente público no pólo passivo da demanda?⁴⁴ Acreditamos que não, uma vez que a inclusão do agente público, alegado causador direto do dano, ao pólo passivo, além de sublevar o lapso temporal do processo, que é exatamente o mal que ora se combate, traria fato novo ao processo: a discussão cingiria acerca da culpa do agente, baseada em sua responsabilidade subjetiva, conquanto a responsabilidade da Administração pública é objetiva, não ensejando a análise de dolo ou culpa.

Cássio Scarpinella Bueno admite a possibilidade de haver denunciação da lide neste caso, citando, inclusive, entendimentos do STJ:

“Mesmo nos casos em que a ação se baseia somente na responsabilidade objetiva do Estado – o que, de resto, deriva inequivocamente, do art. 37, § 6º, da Constituição Federal –, a inadmissão da denunciação da lide ao agente público não pode ser apriorística. Mister que se examinem os fundamentos da defesa apresentada pela pessoa jurídica de direito público. Na exata proporção em que o Estado lança mão da tese de culpa pelo particular ou, quando menos, culpa concorrente – se não para excluir sua responsabilização, para minimizá-la –, deve ter lugar a denunciação da lide, que, basicamente, basear-se-á neste mesmo fundamento, dando ensejo a uma fase instrutória uniforme, realizando, assim, o princípio da economia processual.(...)”

Haveria na hipótese, o deslocamento da fundamentação da ação (causa de pedir), considerando que a responsabilidade do Estado, nos termos do precitado dispositivo constitucional, é objetiva (prescindível, assim, a demonstração de culpa), enquanto que a responsabilidade do agente só se perfaz mediante a ocorrência de ato culposo (em sentido amplo) seu? Até porque, fosse admitida a denunciação da lide ao agente público com base na existência de culpa, o Estado estaria, de certa forma, reconhecendo a procedência do pedido do particular. (...)

Embora a ação indenizatória proposta contra o Estado possa se basear unicamente na responsabilidade objetiva do Estado, isto não quer dizer que, necessariamente, toda a ação proposta contra o Estado tenha que se valer unicamente desta fundamentação. Destarte, toda vez que a ação indenizatória também se basear na existência de culpa, a denunciação ao agente público

⁴⁴ Utilizamos da expressão “incluir no processo” em virtude controvérsia existente na doutrina. Alexandre Freitas Câmara sustenta que a hipótese não seria de denunciação da lide, mas de chamamento ao processo. In: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2008. v. 1. p. 200.

não destoará da mesma fundamentação da ação principal. Deve, pois, ser admitida nestes casos.” (BUENO, 2003, p. 222 e ss)

No mesmo sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. NULIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DENUNCIAÇÃO À LIDE. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAIS. PRECEDENTES. AÇÃO REGRESSIVA GARANTIDA. INOCORRÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

1. Agravo Regimental interposto contra decisão que, com base no art. 544, § 2º, do CPC, negou provimento ao agravo de instrumento intentado pela parte agravante. 2. Acórdão a quo que julgou procedente ação de indenização por danos ilícitos (falecimento do filho dos recorridos). 3. "Em obséquio ao princípio da instrumentalidade das formas, que caracteriza o processo civil moderno, não se deve declarar nulidade processual que a lei não haja expressamente cominado, quando a parte que argüi não demonstra a ocorrência de qualquer prejuízo processual, em concreto." (REsp nº 200490/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 4. **A jurisprudência desta Corte Superior tem enveredado pela esteira de que "embora cabível e até mesmo recomendável a denúncia à lide de servidor público causador de dano decorrente de acidente de veículo, uma vez indeferido tal pedido, injustificável se torna, em sede de recurso especial, a anulação do processo para conversão do rito sumário em ordinário e admissão da denúncia, em atenção aos princípios da economia e celeridade processuais"** (REsp nº 197374/MG, Rel. Min. Garcia Vieira), além de que "em nome da celeridade e da economia processual, admite-se e se recomenda que o servidor público, causador do acidente, integre, desde logo, a relação processual. Entretanto, o indeferimento da denúncia da lide não justifica a anulação do processo" (REsp nº 165411/ES, Rel. Min. Garcia Vieira) e, por fim, que "os princípios da economia e da celeridade podem justificar a não anulação parcial do processo onde indevidamente não se admitiu denúncia da lide (CPC, art. 70, III), ressalvado ao denunciante postular seus eventuais interesses na via autônoma." (REsp nº 11599/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). 5. Inocorre julgamento extra petita quando o Julgador decide nos limites impostos pela lide, não apreciando causa diferente da que foi posta em Juízo, embora tenha utilizado argumentos jurídicos diversos da petição inicial para

conceder aquilo que foi pedido. 6. Não se conhece de recurso especial fincado na alínea "c", inciso III, do art. 105, da CF/88, quando a alegada divergência jurisprudencial não é devida e convenientemente demonstrada, nos moldes em que exigida pelo parágrafo único, do artigo 541, do CPC, c/c o art. 255 e seus §§, do RISTJ. 7. Agravo regimental improvido. (Brasil, STJ, AgRg no Ag. 402417/PA Rel. Min. José Delgado DJU 04 mar. 2002)”

Outrossim, há que se considerar que no caso apreciado pela Corte a denunciação a lide traria necessariamente a alteração do rito procedimental, o que justifica as alegações do autor, garantindo que a denunciação à lide concorreria para a celeridade do processo, uma vez que a conversão do procedimento em rito ordinário se faria necessária por força dos arts. 277 e 280 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, o ajuizamento de uma Ação Indenizatória em face do Estado, que presta o serviço jurisdicional a destempo, dar-se-ia através do rito ordinário (art. 274, CPC). Deste modo, o ingresso à lide do agente público, aludido responsável direito pelo dano, embora traga fato estranho ao processo, não obriga a alteração do procedimento, de modo que a denunciação à lide, neste caso, não estaria obrigado em virtude da celeridade processual, uma vez que não há mudança de procedimento.

Aliás, pelo contrário, uma vez que o ingresso na lide de um integrante estranho ao processo originário exige a consecução de novos atos processuais já realizados (*e.g.* contestação). Neste caso, a obediência ao princípio da celeridade não pode admitir a denunciação à lide do agente público, uma vez que seu ingresso na relação processual em curso iria sublevar ainda mais o lapso temporal entre o ajuizamento da ação e a sentença, oportunidade em que o jurisdicionado, finalmente, ver-se-ia ressarcido dos danos suportados.

Parece-nos contraditório admitir, em ação indenizatória que versa cerca da morosidade processual, a denunciação à lide, uma vez tal providência certamente aumenta a duração temporal do processo, indo, mais uma vez, de encontro com a celeridade, princípio cuja não observação, de início, deu origem a pretensão indenizatória então requerida.

Athos Gusmão Carneiro destaca, inclusive, a jurisprudência do STF, no sentido de não admitir a denunciação da lide pela diversidade de fundamento das ações propostas contra o Estado e contra o agente público. (CARNEIRO, 2008. p. 102 e ss.).

Nelson Nery Jr, na mesma esteira, admite:

Responsabilidade do Estado. Pelo fato de a administração pública ser demandada por responsabilidade objetiva, descabe a denunciação da lide ao funcionário ou servidor, porque implica introdução de fundamento novo (dolo ou culpa), estranho à causa petendi da ação principal (NERY JR, e NERY, 2006. p. 249)

Isto posto, entendemos que deve ser afastada a regra do art. 70, inciso III, do CPC. Cabe ao Estado promover a ação de regresso contra quem achar de direito, salvaguardando a celeridade da ação principal.

V. Apontamentos finais

Amplamente adotada a Responsabilidade Civil do Estado, sob os auspícios da Teoria do Risco Administrativo, como bem entenderam nosso legisladores contemporâneos (CC/02 e CF/88), não há que se admitir, em pleno século XXI, a propagação de argumentos tendenciosos, mais de ordem político-econômica, do que propriamente jurídica, defendendo a tese da irresponsabilidade do Estado pelos atos de jurisdição. É fato incapaz de conviver à luz dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

A atual ordem jurídica garantiu, como corolário do art. 5º da CF, o direito, individual e inviolável, à razoável duração do processo, em âmbito administrativo ou judiciário. Outrossim, diante da inércia da Administração Pública em prover os instrumentos necessários a solução da morosidade processual, não pode o jurisdicionado ver-se abandonado em seu direito, líquido e certo, à tempestiva tutela jurisdicional. Desta feita, há que recorrer ao próprio sistema, ainda que deficiente.

Apontamos, portanto, três remédios processuais distintos para fazer sanar a lesão de direito do jurisdicionado, quando restar prejudicado em seus interesses em virtude da dilação indevida do lapso temporal no processo: o Mandado de segurança, cujo *caráter preventivo*, é instrumento hábil para exigir o pronunciamento imediato do

Judiciário; a Ação Popular, de *caráter reparatório (resolutivo)*, ajuizada para cessar a negligência da Administração Pública frente em prover os meios capazes de dirimir a morosidade e finalmente, a Ação de Indenização, de *caráter ressarcitivo (indenizatório)*, com finalidade de reparar os danos suportados pelo jurisdicionado.

Finalmente, é importante demonstrar que a utilização das ações propostas (MS, AP e Indenizatória) é direcionada a extrair os melhores provimentos contidos na norma. Retome-se as lições de Kazuo Watanabe, para quem a certos institutos processuais foram atribuídas funções de cobrir as falhas existentes no sistema, in casu, abrangendo-se o caráter imediatista de ver-se cessado a lesão de direito (e.g. admitindo o julgamento imediato através do MS); pretendendo a solução definitiva do problema (e.g. exigindo melhores condições na estrutura judiciária através da AP) e vendo ressarcido o dano suportado (através da Indenizatória). Outrossim, não há óbice no ajuizamento de uma ou mais ações simultaneamente, visando enfrentar todas as esferas do problema.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ASSIS, Araken. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, L. NERY JR, N. WAMBIER, T. A.A. (Coord.) **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BAHIA, A. G. M. F., NUNES, D. J. C. Eficiência processual. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 169, ano 34, p. 116-140, mar., 2009.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARRUFINI, Frederico Liserre. Possibilidade de efetivação do direito à razoável duração do processo. **Revista de estudos jurídicos da UNESP**. Franca: EDUNESP, n. 15, ano 11, p. 99-119, jan/dez., 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**: nova edição. 1 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. CAHALI, Francisco José (Coord.) **Responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1984.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2008. v. 1.

CUNHA JR, Dirley. **Direito administrativo**. 7 ed. Salvador: PODIVM, 2009.

CAPELLETTI, Mauro. O acesso a justiça como programa de reformas e método de pensamento. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 395, p. 209-224, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Intervenção de terceiros**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

DINAMARCO, Candido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira. In: YARSHELL, Flávio Luiz. MORAES, Maurício Zanoide (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

_____. **Nova era do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Homenagem a Ada Pellegrini Grinover. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 176, ano 34, p. 275-282, out., 2009.

GAJARDONI, Fernando F. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos Cruz, 2003.

GANDINI, J. A. D., SALOMÃO, P. S. A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva. **Cadernos Jurídicos**: Escola Paulista da Magistratura. São Paulo: Imprensa Oficial, n. 16, ano 4, p.101-127, jul/ago., 2003.

HARADA, Kiyoshi. **Responsabilidade civil do Estado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=491>>. Acesso em: 03 fev. 2010.

HORN, Norbert. **Introdução a ciência do direito e a filosofia jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

MARÇAL, Patrícia F. **Estudo comparado do preâmbulo da Constituição Federal do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Direito fundamental à razoável duração do processo. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Nota Dez, n. 379, p. 11-27, abr., 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NERY JR, N. A ação civil pública. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 31, ano 8, p. 224-232, jul/set., 1983.

_____. Responsabilidade civil da administração pública. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n.1, p. 29-42, jan/mar, 2000.

NERY JR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9 ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. **Constituição Federal comentada e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Código Civil comentado**. ed. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROMEIRO, Marcio Anatole de Sousa. Celeridade ou duração razoável do processo: do princípio ao direito. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 397, p. 221-246, 2008.

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

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TESHEINER, José Maria. Ação popular, substituição processual e tutela do direito objetivo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 167, ano 34, p.398/404, jan., 2009

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2 ed. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999.