

Introdução

Refletir sobre a prestação jurisdicional e suas formas de efetivação, são temas que normalmente geram interessantes debates no âmbito acadêmico. Quando se trata do influxo do tempo e de suas consequências sobre as situações da vida cotidiana, entretanto, os debates podem se tornar até mesmo mais acalorados.

O tempo de duração do processo é tema que pode ser abordado sobre olhares diferentes, inclusive através da lupa de ramos diferentes do direito.

De toda forma, fato é que o legislador entendeu por bem esculpir na constituição federal (Art. 5º; LXXVIII) dispositivo que alça ao rol de direitos fundamentais do indivíduo, a garantia à que um processo judicial dure somente o tempo que for razoável para sua justa solução.

O recorte escolhido como objeto do trabalho é a possibilidade de indenização ao particular, por dano advindo da excessiva demora na solução de um processo judicial.

Neste sentido, o objeto da presente pesquisa é enfrentar a morosidade na prestação jurisdicional como um caso da responsabilidade civil do Estado.

Vale destacar que não compreende o objeto do recorte, portanto, analisar as causas da chamada “morosidade” do Judiciário, nem tampouco apresentar alternativas para solucionar ou mitigar o problema.

O presente estudo não se dedica a demonstrar cientificamente se há ou não demora na prestação do serviço. O foco, em síntese introdutória, portanto, será demonstrar que se o fato (demora na prestação jurisdicional) gerar um dano (econômico, emocional, etc.), surgirá daí o dever de indenizar.

Neste sentido, o estudo sustenta ser possível a responsabilização civil do estado, mas não pela categorização de responsabilidade por omissão e sim como modalidade advinda de culpa. Quanto ao parâmetro indenizatório, o estudo propõe que a reparação do dano está vinculada à ideia de justiça comutativa, devendo ser, portanto, a mais completa possível.

Em que pese haver a crítica recorrente, inclusive de setores da sociedade de fora do sistema jurídico, sobre a chamada demora na prestação jurisdicional, o fato é que o tema não está na rotina da pauta dos julgamentos nos tribunais brasileiros. Não há, podemos afirmar, exemplos paradigmáticos em nossa jurisprudência que nos permitam apontar, com razoável convicção, qual seria o “entendimento predominante” sobre o tema.

Escorado na experiência italiana, o estudo provoca a reflexão sobre a existência de outros parâmetros para se aferir a medida da indenização à parte lesada, como a complexidade

do caso, o comportamento das partes, dos funcionários do órgão de justiça e do próprio juiz, na condução do processo.

Também por isso, portanto, acreditamos que a presente pesquisa tem o potencial de contribuir para um debate que traz em si a importância de preservar um direito fundamental encartulado na constituição federal.

1 Razoável Duração do Processo como um Direito Fundamental do Indivíduo

Uma justiça que tarda é sempre falha! O brocardo está tão imbricado no cotidiano da nossa sociedade, que em breve consulta no google se identifica um sem número de citações e matérias jornalísticas que partem desta premissa, ou seja, que consideram que se a prestação judicial demorar pra ser efetivada, poderá não ter mais serventia alguma.

Também por esta razão, a constituição brasileira passou a resguardar, com a redação advinda da emenda constitucional n° 45, de 2004, a garantia ampla e irrestrita em processos judiciais e administrativos, de que seriam assegurados não apenas a razoável duração do processo, mas também todos os meios que preservassem a celeridade de sua tramitação.

Aliás, vale lembrar que a gênese dos direitos fundamentais foi justamente se ter uma garantia, uma proteção dos indivíduos em face do Estado.

Neste sentido, MORAES (2001, p. 57-58) apresenta uma das classificações existentes para os direitos fundamentais, os diferenciando como de *primeira, segunda e terceira gerações*, de acordo com cronologia histórica de seu reconhecimento constitucional. Sua divisão metodológica, propõe que as liberdades públicas preencheriam a *primeira geração*; que os direitos sociais, econômicos e culturais estariam relacionados à *segunda geração* e, por fim; que os chamados *direitos de solidariedade* ou *fraternidade*, englobariam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, entre outros direitos difusos, os de *terceira geração*.

BARROSO (2001, p.82) considera que estas *liberdades públicas*, ligadas às revoluções liberais e às declarações dela resultantes, são a afirmação da personalidade humana. PIOVESAN (2011, p. 76-78.) por sua vez, considera a constituição de 1988 como um marco de institucionalização e instauração do regime democrático no Brasil, propondo que os direitos fundamentais seriam um elemento básico para a própria realização do Estado Democrático de Direito.

A questão parece estar posta não apenas no direito brasileiro, mas também no direito comparado, na medida em que ALEXY (2010, p. 199) apresenta um duplo significado

constitucional para os direitos fundamentais e o faz afirmando que ele não apenas concede a proteção do indivíduo em face do Estado “[...] *Mais além, porém, ele deve conter um “ordenamento de valores” ou um “sistema de valores” que, “como decisão fundamental jurídico-constitucional”, vale “para todos no âmbito do direito”*”.

Tal garantia do indivíduo em face do Estado, portanto, se constitui na certeza de que a pessoa terá o seu bem da vida, antes negado, violado ou suprimido, agora garantido, preservado, restituído.

Some-se a isso o fato de que o monopólio estatal na atividade jurisdicional é inafastável, já que, inclusive, a legislação infraconstitucional fez garantir que somente o Estado pudesse efetivar o direito. Ademais, não é demais lembrar que o exercício arbitrário das próprias razões, enquanto tipo penal estabelecido, garante coercitivamente a exclusividade estatal neste particular (Art. 345, CPB).

Por outro lado, inexistem certezas acerca do conteúdo material da expressão “duração razoável”. Trata-se, a toda evidência, da chamada *cláusula aberta*. Todavia, se por um lado há dificuldade em descrever o que seria uma “razoável duração”, bem mais fácil será identificar no caso concreto a prestação jurisdicional que chegou a destempo.

Ponderação feita na doutrina, entretanto, é que certa cautela precisa existir ao se aliar a perspectiva de celeridade, com a de um processo legítimo e eficaz.

Em que pese nos parecer evidente que ao falar de “prazo razoável”, a constituição quer focar na busca da celeridade, devemos reconhecer, por outro lado, que a celeridade só pode ser um fim almejado se vier acompanhada de um processo que se preste adequadamente a sua função, ou seja, que decida conforme o direito e que permita condições paritárias para as partes que até então estão inconciliáveis.

MOREIRA (1994, p. 26-37) sintetiza bem o tema ao propor que o que se espera do processo não é apenas que ele seja célere, mas sim, que ele seja melhor. A celeridade se torna aqui, então, um valor acessório. No mesmo sentido, DIDIER JR (2008, p. 43-44) enfatiza que o processo precisa atravessar determinadas etapas, a fim de se garantir o conteúdo mínimo do devido processo legal, lembrando, de forma irônica, que céleres o foram os processos da Inquisição.

De uma forma ou de outra, o desafio que persiste reside na indeterminação do conceito. NICOLITT (2006, p. 32-53) propõe que o ponto está em verificar as consequências da atuação jurisdicional quanto (a) a possibilidade de acesso a justiça, (b) quanto a liberdade do indivíduo e (c) quanto a dignidade das pessoas.

Daí a dificuldade em concordar com as interpretações que sugerem a fixação de prazos para a solução dos casos, genericamente considerados, ainda que admitamos a hipótese de que alguns parâmetros sejam fixados.

Para nós, e no campo do recorte do presente trabalho, o problema é de menor importância. Isso porque, como dissemos anteriormente, se é difícil mensurar o que seria o tempo adequado de duração do processo, parece-nos muito simples identificar no caso concreto se o processo demorou demais para ser julgado. A efetividade do provimento jurisdicional e as consequências práticas do caso concreto nos trarão esta resposta, sem a necessidade de uma profunda dilação cognitiva ou de exauriente produção de provas.

De toda sorte, o fato é que a garantia de que o processo judicial será julgado em tempo adequado está inserida em nossa Constituição e que não se trata de inovação da inteligência tupiniquim.

Com efeito, são vários os exemplos no âmbito do direito comparado que reforçam a tese de que uma justiça rápida é anseio inerente ao próprio ser-humano. Na Espanha, por exemplo, o texto vem expresso na constituição.¹

Em Portugal há regra não apenas expressa na Constituição e também no Código de Processo Civil Português.²³

Segundo HOFFMAN (2006, p. 50-53), a Itália sofre com grandes atrasos, mesmo após mudanças na legislação processual terem sido realizadas. Segundo o autor, tais mudanças não surgiram grande efeito, por serem um amálgama constituído tanto pela legislação processual, como pela carência de estrutura do Judiciário italiano, especialmente pelo reduzido número de pessoal, tanto de juízes como de serventuários.

O caso italiano é bem emblemático, porque a demora no julgamento se constituiu em algo tão grave que as pessoas começaram a recorrer à Corte Europeia, lastreados na proteção

¹ España - Constitución Española

Artículo 24. [...] 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

² Portugal - Constituição da República Portuguesa.

Artigo 20.º - Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva

[...] 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

³ Portugal. Lei n. 41/2013. Artigo 2.º (art.º 2.º CPC 1961)

Garantia de acesso aos tribunais

1 - A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar.

advinda da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950).⁴

Vale um parêntese para esclarecer que no âmbito da União Europeia, foi criada a Corte Europeia, com sede em Estrasburgo, cujas pretensões - chamadas de recursos - podem ser submetidas à Corte tanto pelos Estados-membros, como por qualquer cidadão europeu. Para que o cidadão demande diretamente à Corte Europeia, basta que tenham sido exauridos os recursos no âmbito interno de seu país.

Todavia, a corrida dos italianos para a Corte Europeia culminou por gerar um paradoxo, na medida em que o volume de recursos culminou por gerar atraso nos julgamentos do próprio Tribunal Supranacional. (HOFFMAN, 2006, p. 55-58).

A pressão sobre a Itália foi tão forte que internamente foram promovidas alterações legislativas, constitucionais e infraconstitucionais, bem como foi editada a conhecida *Legge Pinto* no ano de 2001, cuja principal finalidade seria regulamentar a indenização ao jurisdicionado lesado pela demora na solução de seu processo. Digno de nota que em que pese se tratar de um evidente avanço, os resultados práticos não foram os esperados.

Disposição semelhante pode ser encontrada no Pacto de São José da Costa Rica, do ano de 1969, ratificado pelo Brasil no ano de 1992, que também prevê garantia análoga.⁵

Adotando disposição semelhante no campo da protecção dos direitos do homem e classificando a garantia de razoável duração do processo como um direito fundamental, encontra-se a Carta Africana de Direitos Humanos, também conhecida como Carta de Banjul, de 1981.⁶

Ainda que não nos pareça que se trate de aspecto que tenha o condão de diferenciar os institutos ou o direito em questão, é digno de nota que existe uma diferença terminológica nas

⁴ União Europeia. CEDH. Art. 6º - Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, [...]. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

⁵ Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

[...] 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

⁶ Art. 7. - 1. Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: [...] d) o direito de ser julgado em um prazo razoável por um tribunal imparcial.

legislações, na medida em que umas falam em *duração razoável do processo* e outras em *juízo em tempo razoável*.

A síntese conclusiva a que podemos chegar, portanto, é que resta evidente, a toda prova, que garantir ao jurisdicionado um processo judicial que - além de ser isento, transparente e dotado de contraditório amplo - dure somente o tempo razoável para a sua conclusão, é uma garantia fundamental do indivíduo em diversas legislações, cartas de direitos e constituições, tanto no Brasil como no direito comparado.

2 Responsabilidade Civil do Poder Judiciário como um caso da Responsabilidade Civil do Estado

O primeiro tópico de nossa pesquisa deixou evidente que estamos diante de um direito fundamental do indivíduo. Ocorre que neste caso específico, a garantia individual traz uma peculiaridade que a diferencia dos demais direitos fundamentais.

A diferença essencial para o ponto que nos dedicamos a estudar, é que neste caso o Estado concluiu que o melhor para a sociedade seria a manutenção de um monopólio exclusivo e inafastável.

Não se trata de monopólio apenas em sentido formal, mas sim em proibição expressa de qualquer outra forma de efetivação coercitiva do direito.

Vale chamar a atenção para a sutileza da afirmação, na medida em que não é desconhecido que existem formas alternativas de solução de controvérsias, em especial as conhecidas conciliação, mediação e arbitragem.

Ocorre que mesmo nestas hipóteses o âmbito de disponibilidade, de autodeterminação do particular se exaurirá quando existir a relutância da parte contrária. Nestes casos, a execução do título advindo destas formas alternativas de solução deverá ser submetida ao Estado, na figura do Poder Judiciário.

Admitido como premissa do estudo que somente o Estado poderá prestar o serviço de pacificação social, mediante a solução definitiva de uma contenda judicial, podemos retomar a linha de raciocínio.

Pois bem. Estabelecida a premissa, advém a indagação: se o Estado exerce o monopólio da prestação judicial ou, em outras palavras, o monopólio da pacificação social pelo direito, poderia este mesmo Estado se eximir de arcar com a reparação dos ônus advindos do prejuízo, dos danos, que porventura causar a seus súditos?

Parece-nos que a resposta a esta indagação precisa ser negativa, conforme passaremos a demonstrar através do estudo da evolução da teoria da responsabilidade civil do Estado.

Neste sentido e sendo a responsabilidade estudada neste pesquisa um caso da responsabilidade civil do Estado, faz-se necessário rever alguns aspectos históricos que a doutrina destaca sobre o tema.

Remonta ao século 19 os primeiros estudos sobre o assunto, tendo a França como o berço histórico da chamada “teoria do risco”, dela advinda a teoria da responsabilidade civil, valendo destaque ao célebre caso *Arrêt Teffaine*, de 1896, no qual o tribunal francês reconheceu a responsabilidade civil do empregador, pelo simples fato de ser o empregador, ou seja, pelo risco assumido ao desenvolver a sua atividade econômica.⁷

A legislação brasileira que se seguiu, em especial o código civil de 1916, entretanto, não se posicionou sobre a teoria do risco, em que pese já tivéssemos, desde 1912, a lei das estradas de ferro (Decreto 2681) que consagrava a responsabilidade objetiva.

Superadas as fases da evolução histórica no direito brasileiro, cujo aprofundamento não é objeto do presente trabalho, fato é que chegamos à consagração da teoria do risco no código civil de 2002 (art. 927, p.ún.), encerrando esta discussão no nosso âmbito interno.

A jurisprudência do STJ também já se posicionou sobre o tema, valendo mencionar dois julgados considerados de referência sobre a temática, nos quais o voto divergente conduziu a maioria da Turma julgadora, que são o REsp 1.067.738/GO, cuja relatoria para o acórdão foi da Min Nancy Andrigui e o REsp 1.695.778/RJ, cuja relatoria para o acórdão foi do Min Paulo de Tarso Sanseverino, este último enfrentando a teoria do risco mais profundamente.

A responsabilidade civil do Estado, por sua vez, também passou por um processo de evolução histórica até que chegássemos à atual teoria da responsabilidade objetiva no direito brasileiro.

Para a legislação brasileira, portanto, o ponto merece estatura constitucional, conforme se verifica no texto inserto no art. 37, §6º c/c art. 175, parágrafo único, IV, ambos da Constituição de 1988.

⁷ O caso *Arrêt Teffaine* (Civ., 16 juin 1896, arrêt TEFFAINE) é considerado o marco inicial da teoria do risco na responsabilidade civil. Nele se consagrou o princípio de responsabilidade pelo risco, com a interpretação dada pelo Tribunal de Cassação (*La cour de cassation*) ao parágrafo 1, do art. 1384 do Código Civil Francês. O caso concreto tratou da responsabilidade do proprietário de um rebocador, pela morte de um mecânico durante a explosão inexplicável da caldeira.

Além destes dispositivos de referência, é sempre importante destacar a previsão expressa de indenização àquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV, CF/88).

CARVALHO FILHO (2001, p. 412-415) apresenta o instituto em quatro fases históricas.

A teoria da Irresponsabilidade do Estado considerava a impossibilidade de responsabilização pelos atos do próprio Estado ou de seus agentes. Daí evolui-se para a teoria da Responsabilidade com culpa, que propunha uma hipótese de responsabilidade subjetiva, diferenciando os atos de império - sem responsabilização - dos atos de gestão, estes sim passíveis de responsabilização. Nesta fase se considerava a responsabilidade com culpa do agente, com base na teoria civilista da culpa.

A terceira fase inaugurou a teoria da culpa administrativa, propondo a chamada "responsabilidade primária", a qual independeria da identificação do agente. Não se trata, portanto, de culpa *in eligendo*, de culpa pelos atos do preposto, mas sim de reconhecer que o Estado é o responsável por prestar um serviço público inadequado. Por não se vincular ao agente, foi também chamada de *culpa anônima* ou *falta do serviço* e era apontada para três hipóteses: (a) inexistência do serviço, (b) mau funcionamento do serviço ou (c) retardamento do serviço). Persistia, ainda, a necessidade de demonstração da culpa.

A quarta fase, hoje vigente no texto constitucional e reconhecida pela doutrina e jurisprudência, inaugura a teoria da responsabilidade objetiva, ou teoria do risco administrativo ou, ainda, teoria da culpa administrativa. O ponto mais relevante da teoria é a ausência de aferição de culpa, bastando a existência da *relação causal* entre o fato e o dano.

A teoria do risco administrativo pressupõe que a maior quantidade de poderes gera, necessariamente, uma maior responsabilidade e considera o chamado *princípio da repartição dos encargos*, pelo qual toda a sociedade suporta, enquanto financiadora do Estado, o ônus por uma atividade mal prestada.

Estando adequadamente demonstrada a fase atual da compreensão jurídica sobre a questão da responsabilidade objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, resta investigar a responsabilidade advinda quando o dano advir da atuação do Estado-juiz.

Também neste particular vale uma breve digressão histórica à evolução legislativa no Brasil, conforme pesquisado por NICOLITT (2006, p. 100-101).

Chama a atenção o fato de que ao contrário das demais hipóteses de responsabilidade do Estado, quando se trata da prestação do serviço público jurisdicional a legislação sempre fixou mira na responsabilidade pessoal do agente estatal, ou seja, na responsabilidade do juiz.

Com efeito, já nas Ordenações Filipinas havia a previsão de responsabilização pessoal do juiz (Livro I, Título LXXXVIII, parágrafo 16).⁸ A constituição imperial 1824, entretanto, ficou silente sobre o tema, mas o Decreto 737/1850 previa expressamente a responsabilidade do juiz.

O código penal de 1890 previa a responsabilidade do juiz que condenava criminalmente após a sentença de reabilitação e o vigente código de processo penal de 1942, traz a possibilidade de o juiz indenizar a vítima por erro judiciário em matéria penal.

Como dito anteriormente, a atual constituição de 1988 estabeleceu a hipótese específica de responsabilização do judiciário por erro ou por deixar o réu preso após o cumprimento da sentença.

Há diversos outros exemplos na legislação infraconstitucional tratando da responsabilidade pessoal do juiz quando agir com dolo, fraude, desídia, má-fé, etc., como, exemplificadamente, o art. 1744 CCB.

Além deste, podemos citar o art. 143 CPC e, como regra geral, o art. 49 LOMAN.

Todavia, este tipo de argumento parece apresentar uma visão míope do instituto, na medida em que, em nenhuma medida, se trata de ameaça às garantias do jogador ou mesmo de tentativa de subversão da coisa julgada, com a rediscussão do mérito dos processos. Não se trata disso.

O ponto em questão é a responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional e não pelo erro no julgamento. Não há que se confundir as situações, que são muito diversas.

Não se trata de responsabilização pelo mérito da decisão, mas pela morosidade no fazer. Não se quer interferir na forma como o judiciário julgará, mas sim garantir que o julgamento definitivo - qualquer que seja - ocorra em tempo razoável. Não se trata de pressão indevida sobre um poder da república, mas de regular exercício da cidadania, mediante a cobrança pela entrega de um serviço estatal devido e, muitas vezes, oneroso.

E é justamente deste ponto que repousa a presente pesquisa, ou seja, da responsabilidade do Estado pela ineficiência de um serviço prestado, da responsabilidade do Estado na prestação de um serviço que o próprio Estado decidiu que somente a ele incumbiria

⁸ 16. E se forem filhos de Officiaes mecânicos, serão postos a aprender os officios de seus pais, ou outros, para que mais pertencentes sejam, out mais proveitosos, segundo sua disposição e inclinação (3), fazendo scripturas publicas com os Mestres, em que se obriguem a os dar ensinados em aquelles officios em certo tempo arrazoadado, obrigando para isso seus bens. E o Tutor, ou Curador com autoridade do Juiz obrigará os bens dos Orfãos e suas pessoas a servirem os ditos Mestres per aquelle tempo no serviço, que tais aprendizes costumam fazer. **E o Juiz, que isto não cumprir, pagará ao Orfão toda a perda e dano, que por isso lhe causar. (g.n.)**

a prestação. Não se trata, a toda evidência, de responsabilidade pessoal do agente estatal, de responsabilidade pessoal do juiz.

A existência ou não de responsabilidade pessoal do agente, do juiz, deve ser objeto de análise, tal como pensamos, em outra esfera, em outro momento, e somente caso necessária.

A responsabilidade do Estado é, como vimos, independente de culpa. Advém do risco administrativo e não da culpa *in eligendo*.

Como se não bastasse o corolário constitucional da responsabilidade objetiva do Estado, a hipótese que norteia a presente pesquisa é de proteção a um direito fundamental constitucionalmente esculpido.

Por este motivo nos parece ser irrelevante o concurso de excludentes, ou seja, do concurso de hipóteses de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, dano resultante de caso fortuito e força maior, estado de necessidade ou estrito cumprimento do dever legal, supostamente imputáveis à parte que se beneficiou com a demora no processo.

Consideramos irrelevantes, na medida em que todos estes elementos habitam um ambiente de previsibilidade do Estado. E justamente por poder os prever, o Estado teria condições de implementar soluções, ou mesmo mitigadores, para garantir que estes eventos não tivessem o condão de subtrair a celeridade da prestação judicial, como, por exemplo, antecipar a efetivação dos efeitos da tutela pretendida.

Importante abrir um parêntese, a fim de deixar claro que a previsibilidade aqui proposta, não se confunde com aquela abordada pelo STJ no paradigmático caso do assalto a coletivo.⁹ A previsibilidade que aqui se sustenta, não vem de fora, não se trata de elemento estranho à prestação estatal do serviço jurisdicional.

A toda evidência, a previsibilidade que se propõe parte da premissa de que é um fato que os processos judiciais demoram para ser julgados e de que existe uma regra constitucional que estabelece que é direito fundamental do indivíduo ter seu processo julgado em tempo razoável.

Aliás, mesmo que a responsabilidade objetiva não exsurgisse do mandamento constitucional, a demora no processo, por si só e na maioria dos casos, não parece aproveitar a

⁹ A responsabilidade pela previsibilidade foi enfrentada pelo STJ, especialmente quanto a responsabilidade civil da empresa de transporte por assalto a mão armada. Para muitos pesquisadores, tratava-se de uma das questões mais intrincadas do nosso direito no campo da responsabilidade civil (art. 735 CC). No STJ a discussão envolveu as duas turmas de direito privado, com posicionamentos antagônicos. Divergência encontrava-se, justamente, na discussão sobre a **previsibilidade** de ocorrência do dano. O Resp 435.865/RJ (Re. Min. Barros Monteiro) pacificou a matéria, considerando que o assalto é fato inteiramente estranho ao transporte em si, constituindo excludente de responsabilidade, portanto.

nenhuma das partes, especialmente quando se considera que a correção dos valores pecuniários em litígio pode chegar a 15%, a 18% ao ano.

Ainda que se admita como relevante considerar a presença das excludentes acima mencionadas, parece-nos que ainda assim não seria a hipótese de exclusão da responsabilidade estatal.

Explicaremos.

Supondo que uma das partes litigantes tenha agido de forma a retardar o final do processo, sem que sua conduta pudesse ser enquadrada como litigância de má-fé ou outra forma odiosa de se portar na qualidade de parte de um processo judicial. Parece-nos, em primeira análise, que uma solução para a conduta seria a aplicação da regra inserta no art. 187, do Código Civil, que trata especificamente do abuso de direito.¹⁰

Em última análise, o que se propõe na presente pesquisa é que o Estado não pode se ocultar ou se imiscuir em filigranas processuais, como justificativa para a negativa de efetivação de um direito fundamental.

Não se pretende aqui propor uma hipótese de responsabilização estatal a partir da imposição de uma obrigação inexecutável, mas sim de reconhecer, seriamente, que um serviço público prestado de forma ineficiente gera a responsabilização civil.

Incumbe ao Estado, em regime de monopólio, resolver conflitos dizendo qual o direito aplicável à hipótese. Além disso, a constituição federal impõe que esta atividade seja desempenhada em tempo razoável.

Tal realidade jurídica, ou seja, a necessidade de implementar meios e estratégias hábeis a realização deste direito fundamental, deve ser encarada por diversos matizes. Tais matizes vão desde as soluções processuais, propriamente ditas, até normas de organização judiciária.

A proposição da presente pesquisa é que existe um matiz inafastável, sendo este a necessidade de reparação do indivíduo pela ineficiência do Estado ao prestar um serviço com alguma medida de ineficácia.

Vale aqui o registro, entretanto, de que ALVIM (Saraiva, 1980), que foi membro da comissão que elaborou o Código Civil de 2002, dedicado ao tema das obrigações, contratos e

¹⁰ A responsabilização pelo abuso de direito já foi referendada pelo Superior Tribunal de Justiça, valendo consultar os paradigmáticos julgados **Resp 1.467.888/GO** (Rel. Min Nancy Andrighi, que versou sobre ação indenizatória em face de um padre que obteve *habeas corpus* evitando a prática de um aborto autorizado por decisão judicial) e **Resp 1.114.889/DF** (Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, que versava sobre um ato de pirataria que não se comprovou).

responsabilidade civil, propõe que somente a força maior afastaria a responsabilidade civil do Estado. Por considerar que somente critérios externos afastariam a responsabilidade do Estado, sua proposição é chamada de teoria da externalidade.

Uma adequada definição sobre os reflexos pragmáticos da demora da solução do processo, constou de manifestação do Supremo Tribunal Federal, através da pena do Ministro Celso de Mello que avaliou que

“[...] O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário – não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório casualmente atribuível ao réu – traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas (CF, art. 5º, LXXVIII) e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional.”¹¹

Parece-nos demonstrado, por conseguinte, que o tempo de demora do processo é, de fato e de direito, um caso de responsabilidade civil do Estado.

Da mesma forma, parece-nos estar demonstrado que o tema é pouco frequente na jurisprudência dos tribunais brasileiros.

Neste sentido, parece-nos, enfim, que seja por ser pouco suscitado pelas partes, ou seja por ter recebido pouca atenção dos julgadores, fato é que o tema endossa a presente pesquisa como um ponto relevante e hábil a suscitar o debate acadêmico.

3 Demora no Processo Gera Responsabilidade por Omissão ou por Ação?

Ao contrário da responsabilidade objetiva do Estado, esculpida no texto da constituição para as suas condutas volitivas que gerem dano a terceiros, a responsabilidade pela omissão no agir gera tratamento diferente na ótica dos tribunais brasileiros.

Tratando de caso de atropelamento em via férrea, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a responsabilidade do Estado por omissão depende da identificação de sua culpa, ou seja, depende da verificação de presença dos elementos que caracterizam a culpa.

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial REsp 1.172.421, afetado à sistemática dos recursos repetitivos, sob relatoria de Sua Exa o Min. Luis Felipe Salomão, o STJ consolidou o entendimento de que

¹¹ Brasil. STF. HC 139.664. Rel. Min. Celso de Mello. 22/05/2017, *DJE* em 24/05/2017. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/processos/138529103/processo-n-139664-do-stf>, acesso em 16/04/2021.

“1. A responsabilidade civil do Estado ou de delegatário de serviço público, no caso de conduta omissiva, só se concretiza quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa, a qual se origina, na espécie, do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano. Nesse segmento, para configuração do dever de reparação da concessionária em decorrência de atropelamento de transeunte em via férrea, devem ser comprovados o fato administrativo, o dano, o nexó direto de causalidade e a culpa.”¹²

No caso citado, a tese fixada foi pela existência de concorrência de culpas, sempre que (a) o Estado violar o dever de cuidado, deixando de cercar e sinalizar as linhas férreas e (b) sempre que a vítima adotar conduta imprudente, atravessando a linha férrea em local inadequado.

Vale a teoria geral da responsabilidade pela culpa, portanto, incumbindo ao ofendido demonstrar que o Estado descumpriu o dever legal de impedir a consumação do dano.

A Corte Superior, como se percebe, se filiou à doutrina majoritária sobre o tema, e aqui utilizaremos o texto de CARVALHO FILHO (2001, p. 427) como o representativo desta linha de pensamento e por ter sido citado no voto condutor, na medida em que considera que a responsabilidade civil do Estado por omissão no agir só será demonstrada quando estiverem presentes os elementos caracterizadores da culpa, na medida em que

“[...] quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.”

Ademais, o STJ considerou que o parágrafo único, do art. 927, do CC de 2002, prevê a responsabilidade objetiva apenas para os casos previstos na lei e que o art. 43, que é dirigido às pessoas jurídicas de direito público, não previu a conduta omissiva do Estado, assim como não o fez o art. 37, §6º, da CF. Daí a conclusão de que tais dispositivos apenas se refeririam a danos advindos por ação, restando a teoria da culpa a abarcar as hipóteses de danos advindos da omissão estatal.

Não nos parece que a hipótese se adeque ao caso objeto do presente estudo.

¹² Brasil. STJ. REsp 1.172.421-SP, (1.172.421). Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433538810/recurso-especial-resp-1597567-sp-2011-0251201-7>, acesso em 16/04/2021.

Não se trata, a toda evidência, de classificar o caso advindo pela demora na prestação jurisdicional como de violação do dever de cuidado, ou mesmo como de omissão estatal no desempenho de suas tarefas.

Trata-se de um serviço público que é prestado e que possui uma estrutura nacional dedicada ao atendimento dos interesses dos particulares que deste serviço necessitam. Com efeito: o serviço é prestado e, quanto ao mérito, podemos dizer que desempenhado de forma competente.

Podemos discordar da interpretação jurídica que conduz à decisão final dos tribunais, o que é salutar e contribui para o engrandecimento dos debates. Todavia, é de se reconhecer que, em linhas gerais, a prestação jurisdicional no Brasil é técnica e produzida por profissionais qualificados.

Questão completamente diversa, também a toda evidência, é saber se a prestação do serviço é ou não realizada em prazo razoável. Como já dito na introdução deste trabalho, o presente estudo não se dedica a demonstrar se há ou não demora na prestação do serviço, mas sim propor que se de fato ocorrer demora haverá a obrigação de indenizar.

Neste sentido, parece-nos que inexistam elementos que sejam hábeis a classificar a responsabilidade do Estado, pela garantia da prestação jurisdicional em prazo razoável, como um caso da responsabilidade por omissão. Trata-se, em nosso sentir, de hipótese de serviço prestado de forma ineficiente e, portanto, hábil a referendar a responsabilidade por ação, que é classificada pela constituição como um caso da responsabilidade civil objetiva.

4 Demora no Julgamento como Fato Gerador do Dano Indenizável

Resta-nos investigar, enfim, a medida da reparação, caso este seja um parâmetro aferível.

O Ministro do STJ Paulo de Tarso SANSEVERINO (2010, p. 34), propõe que a reparação do dano está vinculada à ideia de justiça comutativa e que, como tal, deve ser a mais completa possível. Inclusive, aponta que modernamente este conceito foi alçado à categoria de princípio jurídico, nominado de princípio da "*reparação integral*".

A ideia, segundo o Professor, é tentar restabelecer ao ofendido a situação na qual estaria caso não tivesse sido lesado. Tal reparação plena e abrangente constitui a chamada *função concretizadora* do referido princípio. Segundo SANSEVERINO (2010, p. 34-76), esta ideia teria sido incorporada ao sistema legal pelo art. 944 do Código Civil de 2002.

Pondera o Professor, entretanto, que caso seja identificada pelo julgador a existência de exagerada desproporção entre o fato causador e a extensão do dano, mesmo na responsabilidade objetiva seria possível a redução equitativa da indenização. Para tanto, o melhor parâmetro a ser observado para a quantificação do dano seria o do nexo causal, atualmente referendada pelo parágrafo único do art. 944 do CC/2002. Por fim, inova com sua proposta de, na responsabilidade objetiva, interpretar o comando legal de “gravidade da culpa” por “relevância da causa”. (SANSEVERINO, 2010, p. 123-126)

A antes mencionada Lei Pinto, da Itália, estabeleceu alguns parâmetros para o julgador que se debruçar sobre uma demanda indenizatória fundada em excessiva demora no julgamento do processo. Tais parâmetros serão (a) a complexidade do caso; (b) o comportamento das partes; (c) o comportamento do juiz, e; (d) o comportamento dos funcionários do órgão de justiça.

Ponto de destaque é que a condenação, segundo a mesma *legge*, teria caráter indenizatório e não reparatório. O foco, portanto, não seria a reparação total, mas apenas um lenitivo ante o mal gerado pela excessiva demora no julgamento.

Podemos perceber, portanto, que a proposta da legislação italiana vai de encontro à proposta indenizatória pensada por Sanseverino, valendo aqui a ressalva de que a proposição do brasileiro tratava da reparação indenizatória civil de forma geral e não especificamente para o objeto do presente estudo.

De toda forma, a proposta italiana desperta algumas indagações imediatas: a indenização atende à finalidade? E se a possibilidade de gozo do direito pretendido no processo original tiver perecido?

Sob outro viés, a indagação pode vir pela ótica da perda de uma chance, como, por exemplo, para o caso hipotético do litigante derrotado no processo e que tenha “paralisado” sua vida acreditando ser titular de um direito posteriormente não reconhecido pelo Estado-juiz.

A legislação italiana estabelece, ainda, que o principal critério para a fixação do *quantum* indenizatório é o da *posta in gioco*, ou seja, o valor pessoal, patrimonial e moral discutido no processo.

Inovação interessante da Lei Pinto é a que estabelece que o processo (*equa riparazione*) deve durar, entre a sua distribuição e a sentença, apenas 4 meses e que eventual recurso terá efeito meramente devolutivo. (HOFFMAN, 2006, p. 72-79)

Questão ainda remanescente, e que a investigação desborda as fronteiras do presente estudo, é o fato de que quem irá definir o processo indenizatório é o próprio Poder Judiciário.

Este talvez seja o único caso do universo jurídico que admita ao acusado arbitrar a indenização ao seu ofendido. O ponto, realmente, comporta análises que superam, em muito, os objetivos desta breve pesquisa.

Como mencionado anteriormente, a jurisprudência brasileira não nos pode oferecer um profundo debate sobre o tema, diante da escassez de processos submetidos a julgamento.

De toda forma, há dois julgados, um do STJ e outro do STF, que podemos considerar como muito relevantes para uma compreensão do olhar jurisprudencial para a matéria.

Iniciando pelo mais recente, vale citar o REsp 1383776-AM, julgado em 6/9/18, pela Segunda Turma do STJ, tendo por Relator Sua Exa o Ministro Og Fernandes.

Naquela oportunidade, o STJ reconheceu que a demora de dois anos e seis meses para ser proferido um despacho de citação em ação de alimentos constituiria injustificável demora, caracterizando a responsabilidade civil advinda do dano moral suportado pela vítima. Vale transcrever o seguinte trecho, no qual o Min Og Fernandes afirma que

“[...] Não é mais aceitável hodiernamente pela comunidade internacional, portanto, que se negue ao jurisdicionado a tramitação do processo em tempo razoável, e também se omita o Poder Judiciário em conceder indenizações pela lesão a esse direito previsto na Constituição e nas leis brasileiras. As seguidas condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por esse motivo impõem que se tome uma atitude também no âmbito interno, daí a importância de este Superior Tribunal de Justiça posicionar-se sobre o tema. [...]”¹³

O segundo julgado de referência, foi proferido ainda no distante ano de 1971, que analisou hipótese de permanência do réu na prisão por tempo excessivo, e que traz em si não apenas a inteligência da então maioria no Supremo Tribunal Federal, como também relevante ponderação inserida no voto vencido.¹⁴

Referida discussão, inclusive, chegou a considerar que o Judiciário não seria parte do Estado, sem contudo aprofundar cientificamente na fundamentação hermenêutica hábil a lastrear tal afirmação. Em linhas gerais, o acórdão considerou possível a indenização, desde que prevista em lei.

¹³ Brasil. STJ. REsp 1.383.776-AM, (2013/0140568-8). Rel. Min. Og Fernandes. Julgado em 6/9/2018. *DJE* 17/9/2018. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631917839/recurso-especial-resp-1383776-am-2013-0140568-8/relatorio-e-voto-631917880>, acesso em 16/04/2021.

¹⁴ Brasil. STF. RE 70.121-MG, RTJ 64/689. Rel. Min. Aliomar Baleeiro. Voto vencido Min. Djaci Falcão. 13/10/1971. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/065_2.pdf, acesso em 16/04/2021.

De toda forma, o que restou presente nos debates ocorridos no STF há quase cinquenta anos atrás, ainda permanece presente em boa parte dos debates atuais, ou seja, ainda se foca mira na preocupação de o magistrado ser, ou poder ser, pessoalmente responsável pelas consequências advindas da demora do processo.

E a partir daí pululam os argumentos sobre soberania, independência do juiz e etc., deixando em segundo plano aquilo que nos parece ser o ponto central da discussão, ou seja, o direito do particular de ser indenizado caso seu processo dure mais que o razoável para ser apreciado.

A proposta do presente estudo é que a discussão sobre a responsabilidade do Estado *in casu* é, e precisa ser, independente da discussão sobre o direito de regresso em face de seus agentes.

Se o magistrado ou os servidores serão responsabilizados é questão integralmente apartada e que poderá, inclusive, ser analisada com base em outros cânones do direito.

O que não pode ocorrer, e esta é a proposta da presente pesquisa, é ignorar ou “modular” um direito individual que a constituição entendeu por bem classificar como uma garantia fundamental, pela preocupação em dirimir responsabilidade subsequente advinda da análise da conduta dos agentes estatais.

Primeiras Conclusões

A presente pesquisa se propôs a investigar a hipótese de ser a razoável duração do processo um direito fundamental do indivíduo, hábil a gerar a obrigação de indenizar pelo Estado.

Ao longo do trabalho, pudemos demonstrar que com a redação advinda da emenda constitucional nº 45, de 2004, a garantia ampla e irrestrita em processos judiciais e administrativos, de que seriam assegurados não apenas a razoável duração do processo, mas também todos os meios que preservassem a celeridade de sua tramitação, alçou o status de mandamento constitucional.

Verificamos também a existência de um monopólio estatal na prestação da atividade de prestação jurisdicional, reservando em si, portanto, toda a responsabilidade quanto a eficiência da entrega deste serviço público.

A pesquisa identificou certa indeterminação quanto ao conteúdo material da expressão “duração razoável”, concluindo, entretanto, que se tal indeterminação é de fato real, mais

simples, entretanto, seria identificar em um caso concreto a excessiva demora na conclusão do processo.

O trabalho investigativo nos permitiu concluir que a inserção do dispositivo em nossa constituição não se trata de providência que inova no ordenando jurídico, na medida em que a previsão ocorre com frequência no direito comparado, de molde a prever a garantia ao súdito do Estado de ter um processo judicial isento, transparente, dotado de contraditório amplo e, além disso, que dure somente o tempo razoável para a sua conclusão.

O passo seguinte da pesquisa, foi trazer elementos hábeis a demonstrar a responsabilidade civil do Poder Judiciário como um caso da responsabilidade civil do Estado.

O ponto de partida neste particular, foi a demonstração de que o Estado detém um monopólio exclusivo e inafastável na prestação deste serviço público. Neste sentido a conclusão óbvia foi reconhecer que incumbiria ao mesmo Estado, portanto, ser o responsável caso tal serviço monopolista fosse prestado de forma ineficiente.

Reconhecendo esta responsabilidade como um caso da responsabilidade civil do Estado, portanto, foi necessário demonstrar que a teoria da responsabilidade civil vem sendo estudada desde o século XIX, culminando com o nosso momento atual, no qual a legislação, a doutrina e a jurisprudência são acordes em classificar tal responsabilidade como objetiva.

Importante registrar que não raras vezes o assunto é tratado desfocado de seu ponto central, ou seja, centrado na responsabilidade de magistrados e serventuários da justiça, deixando em segundo plano o direito do particular de ser indenizado pela excessiva demora no julgamento de seu processo, de sua causa.

A pesquisa propõe que a existência ou não de responsabilidade pessoal do agente, do juiz, deve ser analisada em outra esfera, em outro momento e somente caso necessária.

A responsabilidade do Estado, concluímos, independente de culpa. Advém do risco administrativo e não da culpa *in eligendo*.

Não se trata, portanto, de uma hipótese da responsabilidade do Estado por omissão.

A proposição do presente texto é que existe um matiz inafastável, que é a necessidade de reparação do indivíduo lesado pela ineficiência do Estado ao prestar um serviço público.

Neste sentido, não nos parece razoável considerar que estaríamos diante de um caso de responsabilidade civil do Estado por omissão, que, na ótica da doutrina e da jurisprudência consolidada dos tribunais brasileiros, seria uma hipótese de responsabilidade advinda da culpa.

A parte final do estudo fixou mira na investigação inicial acerca da medida da reparação, caso seja possível aferir um parâmetro.

A partir da proposta do Professor e Ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino, o estudo propõe que a reparação do dano está vinculada à ideia de justiça comutativa e que, como tal, deve ser a mais completa possível, inclusive vinculada ao princípio jurídico nominado de princípio da "*reparação integral*".

Em sentido diverso, apresentamos a situação criada com a *legge Pinto*, italiana, que se propôs a estabelecer parâmetros para se aferir a medida da indenização à parte lesada, sendo estes: (a) a complexidade do caso; (b) o comportamento das partes; (c) o comportamento do juiz, e; (d) o comportamento dos funcionários do órgão de justiça.

A opção do legislador italiano foi de definir que a condenação deveria ter caráter indenizatório e não reparatório. O foco, portanto, não seria a reparação total, como propusemos acima, mas apenas um lenitivo ante o mal gerado pelo dano suportado.

A proposta italiana nos pareceu não exauriente, na medida em que não enfrenta a finalidade a qual a reparação pecuniária se propõe, nem a privação do gozo do direito reclamado no prazo que seria razoável de se o fazer.

No restrito âmbito da presente pesquisa, não foram investigados os limites de conveniência do fato de que quem irá definir o processo indenizatório será o próprio Poder Judiciário. Pensando "institucionalmente", talvez seja a única hipótese na qual o ofensor definirá a reparação que deve promover ao ofendido.

De toda sorte, o foco central da presente pesquisa foi trazer elementos hábeis a contribuir para o debate acadêmico.

Trata-se o tema, a toda evidência, de proposição que nos pareceu instigadora ao pesquisador do direito e que, apesar de sua pertinência e atualidade no cenário brasileiro e de despertar alguns bons debates no campo acadêmico, ainda é muito tímida no cotidiano de nossos tribunais.

Incumbe aos operadores do direito provocar o diálogo, colhendo do Poder Judiciário entendimentos individuais para a construção de uma jurisprudência consolidada e, quem sabe, para o estabelecimento de parâmetros seguros para a reparação do mal suportado por aquele que recebeu do Estado uma resposta tardia e, muitas vezes, ineficiente quando a Ele buscou auxílio quanto a efetivação de um direito seu violado, negado ou suprimido.

Assim, com a modéstia do pesquisador que se limita a fomentar o debate, esperamos que o presente estudo seja útil para as melhores reflexões que estão por vir.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 8a ed. rev. ampl. atual. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2001.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol 1*. Salvador: Jus Podium, 2008.
- HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo. Ed. Quartier Latin. 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas S/A, 2001.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A efetividade do processo de conhecimento. *In: Revista de processo*, n.74, São Paulo, RT, 1994.
- NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral. Indenização no Código Civil. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo*. Saraiva. 2010.