

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE (SP)

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

Maria Cristina Rodrigues Barbosa Mathias

Presidente Prudente/SP

2005

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE (SP)

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

Maria Cristina Rodrigues Barbosa Mathias

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Andrei Mohr Funes.

Presidente Prudente/SP

2005

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA DEMORA NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso Aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Andrei Mohr Funes
Orientador

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes
Examinador

Paula Pontalti Marcondes Moreira
Examinador

Presidente Prudente/SP, 30 de Novembro de 2005.

Dedico este trabalho ao meu marido e aos meus filhos, que sempre estiveram ao meu lado, me apoiando, me incentivando, e lutando comigo, mesmo com minha constante ausência, para que eu alcançasse o meu objetivo e meu sonho, sem nunca me cobrarem nada.

Dedico também às minhas tias Elvira e Madalena, ao meu tio João e aos meus primos Raquel e Rafael, que sempre estiveram ao meu lado, me apoiando em todos os sentidos e incondicionalmente.

A vocês dedico esta conquista, com a mais profunda admiração, gratidão e respeito.

“LUTA. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”

(Eduardo Couture)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, que sempre esteve ao meu lado, em todos os momentos, abençoando-me, dando-me força e perseverança para vencer todos os obstáculos e realizar os meus sonhos.

Agradeço também ao meu esposo e aos meus filhos pelo apoio incondicional que me deram durante o decorrer do curso.

Aos meus familiares, agradeço imensamente pela compreensão e estímulo que me dispensaram no transcurso dessa jornada.

Ao meu orientador, Professor Andrei Mohr Funes, agradeço pelo apoio, compreensão e segurança proporcionadas para o desenvolvimento desse trabalho.

A todos os professores pelo incentivo, apoio e dedicação dispensados para a minha formação acadêmica.

E finalmente, agradeço aos meus amigos que sempre me incentivaram a continuar na luta e nos momentos mais difíceis estiveram ao meu lado.

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade analisar, através de pesquisa bibliográfica e método dedutivo, a responsabilidade do Estado quando há demora na prestação da tutela jurisdicional. Para chegar a uma conclusão sobre o tema abordado, faz uma explanação sobre o tema da responsabilidade civil e sua evolução, analisando a responsabilidade civil do Estado e seus pressupostos e excludentes. Coloca em foco a responsabilidade civil do Estado pelos danos decorrentes da demora na prestação da tutela jurisdicional, o que acarreta ofensa à garantia constitucional do acesso à justiça, enfocando o direito efetivo a esse princípio constitucional. Analisa, ainda, a função jurisdicional e os órgãos da jurisdição, bem como, os fatores que levam à demora da prestação da tutela jurisdicional. Por fim, trata da reforma do Poder Judiciário, como forma de agilizar a prestação jurisdicional. Através de uma análise pré-ordenada, serão apontados os caminhos percorridos pelo Poder Judiciário para a busca de um serviço público perfeito, que dê à coletividade uma efetiva solução para seus conflitos através de uma solução pacificadora. O serviço público torna-se imperfeito devido à demora da prestação jurisdicional, fato que acarreta prejuízos de ordem moral e psicológica, bem como, material aos destinatários. A sociedade não suporta mais conviver com essa demora e exige do Estado uma solução firme e definitiva para esse problema, não restando, então, ao cidadão, outra alternativa que não seja voltar-se contra o Estado e exigir a reparação civil do dano. Contudo, o objetivo principal desse trabalho é analisar a dilação indevida do processo, que acarreta ofensa à garantia constitucional do acesso à Justiça, levando o Estado a ser responsabilizado pelos danos impostos aos jurisdicionados que buscam o Judiciário.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Estado. Demora. Prestação. Tutela Jurisdicional. Acesso à Justiça

ABSTRACT

This work has for purpose to analyze, through bibliographical research and deductive method, the responsibility of the State when it has delay in the installment of the jurisdictional guardianship. To arrive at a conclusion on the boarded subject, it makes a communication on the subject of the civil liability and its evolution, analyzing the civil liability of the State and estimated and exculpatory its. It places in focus the civil liability of the State for the decurrent damages of the delay in the installment of the jurisdictional guardianship, what it causes offence to the constitutional guarantee of the access to justice, focusing the right cash to this constitutional principle. It analyzes, still, the jurisdictional function and the agencies of the jurisdiction, as well as, the factors that lead to the delay of the installment of the jurisdictional guardianship. Finally, it deals with the reform of the Judiciary Power, as form to speed the judgement. Through a daily pay-commanded analysis, the ways covered for the Judiciary Power will be pointed with respect to the search of a perfect public service, that gives to the collective an effective solution for its conflicts through a solution peacemaker. The public service becomes imperfect due to delay of the judgement, fact that causes damages of moral and psychological order, as well as, material to the addressees. The society does not support more to coexist this delay and demands of the State a firm and definitive solution for this problem, not remaining, then, to the citizen, another alternative that is not to turn itself against the State and to demand the recovery of the damage. However, the main objective of this work is to analyze the improper delay of the process that causes offence to the constitutional guarantee of the access to Justice, leading the State to be made responsible by the damages taxes to the people ones that they search the Judiciary one.

Keywords: Civil liability. State. Delay. Installment. Jurisdictional Guardianship. Access to Justice

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	11
1.1 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil	11
1.2 Conceito de Responsabilidade Civil	13
1.3 Responsabilidade contratual e extracontratual	14
1.4 Obrigações de meio e de resultado	15
1.5 Teorias da responsabilidade civil	15
2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO	18
2.1 Regra geral da Responsabilidade Civil	18
2.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil	19
2.2.1 Culpa	19
2.2.2 Dolo	21
2.2.3 Nexo de causalidade	22
2.2.4 Dano	24
2.2.5 Ação ou Omissão	25
3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	28
3.1 Evolução através dos tempos	28
3.1.1 Teoria da irresponsabilidade	28
3.1.2 Teoria civilista	28
3.1.3 Teoria publicista	29
3.1.4 Teoria da culpa administrativa	29
3.1.5 Teoria do risco administrativo	30
3.1.6 Teoria do risco integral	30
3.2 Das excludentes	31
3.2.1 O abuso de Direito	31
3.2.2 Estado de necessidade administrativa	32
3.2.3 Fato da vítima: exclusivo e concorrente	33
3.2.4 O fato de terceiro	33
3.2.5 Caso fortuito e força maior	34
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA DEMORA NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL	36
4.1 Responsabilidade Civil do Estado no direito comparado	36
4.1.1 Espanha	36
4.1.2 França	37
4.1.3 Portugal	38
4.1.4 Itália	38
4.1.5 Canadá	39
4.1.6 Pacto de São José da Costa Rica	40
4.2 Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro	40
4.2.1 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro	40
5 DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA	45

6	<i>A FUNÇÃO JURISDICIONAL</i>	52
6.1	Jurisdição	53
6.2	Poder Judiciário	55
6.3	Ato Administrativo e Ato Jurisdicional	58
6.4	Poderes e Deveres Jurisdicionais	58
6.5	Fatores que levam à demora da Prestação da Tutela Jurisdicional	60
6.6	Conseqüências da demora	62
7	<i>A REFORMA DO JUDICIÁRIO COMO FORMA DE AGILIZAR A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL</i>	64
8	<i>CONCLUSÃO</i>	68
	<i>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</i>	70

INTRODUÇÃO

O Estado serve de meio para que a coletividade possa atingir seus fins e por isso está obrigado à prestação de serviços que visem o bem comum, devendo assegurar aos seus cidadãos as condições necessárias para a consecução desse bem.

Entre as atividades desenvolvidas pelo Estado está a prestação jurisdicional que deve ser efetivada nos prazos e respeitando-se os limites instituídos pelo sistema jurídico.

Este dever é uma consequência do princípio da legalidade ao qual toda ação estatal está vinculada. A lei deve ser, em primeiro lugar, suportada por quem a faz, e, portanto, é do Estado o dever de cumpri-la integralmente.

A atividade jurisdicional tem como principal função a aplicação da lei a casos particulares, a fim de estabilizar conflitos e apresentar solução pacificadora, visando sempre o bem comum e o convívio pacífico dos indivíduos.

O Estado está obrigado a garantir essa situação através da aplicação da lei.

Assim, além de outras funções inerentes, o exercício da função jurisdicional pelo Estado gera direito e obrigações.

Desta forma, tendo em vista a obrigação do Estado de oferecer a prestação jurisdicional, questiona-se se a falta de responsabilização do mesmo faz com que o serviço público funcione mal, não funcione ou funcione com atraso, e assim, se ele deve ser responsabilizado civilmente por essa demora. Questiona-se, ainda, que se essa demora causar dano a um particular, se o Estado deve ser responsabilizado patrimonialmente.

A lei estabelece prazo para que seja prestada a tutela jurisdicional. O seu descumprimento gera prejuízos à coletividade, que tem direito ao acesso à justiça e não somente ao judiciário.

A Constituição Federal dá ao cidadão esse direito fundamental de acesso.

Esse acesso à justiça deve ser desenvolvido de forma efetiva, onde o Judiciário deve dar ao seu tutelado uma resposta rápida e eficiente.

O conceito de serviço público é prejudicado quando ocorre a demora da prestação jurisdicional. A Constituição garante à todos os cidadãos um serviço público de qualidade e eficiente, obedecendo aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A falta de estrutura do Poder Judiciário para a prestação da tutela jurisdicional, quer de ordem material ou pessoal, acarreta a responsabilidade do Estado, eis que os cidadãos devem ser vistos como consumidores da justiça.

A responsabilidade civil pode ser subjetiva e objetiva. Ela é objetiva quando baseada na culpa do agente, devendo ser comprovada para que haja a obrigação de indenizar. Pela Teoria clássica ou teoria da culpa ou teoria subjetiva, somente haverá a obrigação de indenizar se o agente tiver agido com dolo ou culpa.

Segundo outra teoria, chamada de teoria objetiva ou do risco, em determinadas situações, o agente tem a obrigação de indenizar o dano, independentemente de culpa, isto é, não é necessário demonstrar a culpa para ter de reparar o dano, basta o dano e o nexo de causalidade.

A responsabilidade civil do Estado é objetiva, não havendo a necessidade de culpa, bastando simplesmente que seja provado o fato, o dano e nexo causal, para que o Estado tenha o dever de reparar o dano.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil

O instituto da responsabilidade civil surgiu há muito tempo, pois com o surgimento das primeiras civilizações, formaram-se agrupamentos e surgiu assim, a noção da agricultura, sendo que com o desenvolvimento das atividades manufatureiras, a sociedade passou a ter necessidade de uma interação contratual.

A sociedade deixou de ser nômade, passando a ter um domicílio, surgindo os conflitos de interesses, sendo a solução para estes conflitos feita através da justiça privada, ou seja, muitas vezes nessa fase, a punição abrangia um grupo e não somente o causador do conflito (GUÍMARO JUNIOR, 2005).

Após essa etapa, surge o Estado com a função de solucionar esses conflitos, através do Código de Hamurabi, que foi instituído pelo imperador babilônico, dois milênios antes da era cristã, a justiça era feita pelo princípio do “olho por olho, dente por dente”, por onde se observa a idéia de reparação.

O Poder Público vem institucionalizar a punição do mal pelo mal com a Lei de Talião, onde o poder estatal declara em quais hipóteses e condições se dariam as retaliações (ESTEVES, 2003, p. 9).

O período seguinte é introduzido pela Lei das XII Tábuas, que continha o fundamento de atuação do Poder Público. Havia uma idéia de composição, porém, não com o sentido de reparação, mas sim, com intenção de aplicar uma pena ao ofensor, conforme salienta Silma Mendes Berti (1997) apud ESTEVES (2003, p. 10):

Nesse sentido, o Direito Romano à época da Lei das XII Tábuas representa um período transitório entre a composição voluntária e a composição legal. A vítima opta entre a satisfação pela vingança e a obtenção de soma em dinheiro. Esta soma era fixada, não havendo uma indenização propriamente dita no Direito Romano.

Nessa fase, não havia distinção entre a responsabilidade civil e penal e não havia, ainda, uma noção de culpa “*como fundamento da contra-reação do ofendido, de onde se extrai a natureza objetiva da responsabilidade, nos primórdios do sistema jusromanístico*” (ESTEVES, 2003, p. 10).

É nessa fase também, em que há a distinção entre as lesões referentes aos particulares e ao Estado, propriamente dito, isto é, há uma distinção entre os delitos públicos e privados. Para aqueles, a pena imposta ao ofensor era destinada aos cofres públicos e para estes, era destinada à vítima.

Após, surge a “Lex Aquilia”, oriunda de um plebiscito que foi sugerido pelo Tribuno Lúcio Aquílio. Esse período foi considerado como o mais revolucionário em termos de evolução da responsabilidade civil no Direito Romano.

Foi nesse período que houve a substituição da pena fixa pela pena proporcional ao dano causado, estabelecendo em seu terceiro capítulo a noção de culpa.

Na Idade Média observou-se uma pluralidade de legislações. Os povos conquistadores e dominados passaram a conviver. Isso ficou conhecido como o *regime de personalidade das leis* (SOARES, 1997, p. 3). Isso determinou que prevalecessem os princípios do Direito Romano (ESTEVES, 2003, p. 13).

A civilização romano-bizantina transmite à Alta Idade Média da Europa Ocidental um direito romano cristalizado numa forma sistemática que se apresenta como definitiva. Esta passagem de costume vivido a livro estudado condicionou a existência do direito romano ao nosso século, porquanto tornou possível aplicar-lhe o conjunto de técnicas interpretativas que a teologia cristã aplicava ao livro por excelência, a Bíblia.

O fim do período medieval ocorreu com a autonomia de monarquias e estruturação do Estado, impulsionando o direito público e desenvolvendo a idéia de responsabilidade penal.

O marco histórico, na Idade Contemporânea, com relação ao princípio da responsabilidade civil fundada na culpa foi o Código Francês, também conhecido como Código de Napoleão, que *influenciou a legislação dos países civilizados de maneira geral* (SOARES, 1997, p. 4).

A responsabilidade civil sofre uma verdadeira revolução. Isso devido a evolução tecnológica ocorrida na época, com a Revolução Industrial, onde houve necessidade de moldar-se a responsabilidade à exigência da nova era. Surgiram então, além dessa idéia de responsabilidade objetiva, também outros institutos, que levavam à idéia de uma reparação justa.

1.2 Conceito de Responsabilidade Civil

O conceito de responsabilidade é de difícil definição. A doutrina encontra dificuldades em conceituar esse instituto.

Alguns autores na tentativa de definir e dar um conceito para a responsabilidade civil, baseiam-se na culpa, enquanto outros, vêem a responsabilidade sobre outro aspecto, não sendo apenas uma questão de culpa, mas uma questão de equilíbrio, onde há a reparação dos prejuízos causados.

Responsabilidade é um vocábulo oriundo do latim, do verbo *respondere*, que significa o fato de alguém ser o garantidor de algo, isto é, responsabilizar-se, assegurar.

O termo civil refere-se ao cidadão, ou seja, a pessoa em sua relação com outras pessoas da sociedade, de onde originam direitos a serem exigidos e obrigações a serem cumpridas.

A ordem jurídica tem por objetivo proteger o lícito e reprimir o ilícito, e para isso, estabelece deveres e obrigações aos cidadãos. É o dever jurídico. A violação desse dever caracteriza o ilícito, o que gera o dever jurídico de indenizar e reparar o dano.

A responsabilidade civil é a obrigação que uma pessoa tem de reparar o prejuízo que causar a outrem, por fato praticado por ela mesma, ou por terceira pessoa ou por coisas que estejam em seu poder.

Diante do acima explanado, a conclusão alcançada é que a responsabilidade civil é o ato de reparar o dano causado a outrem, podendo esse dano ser moral ou material.

Segundo a Professora Maria Helena Diniz (2003, p. 36), o conceito de Responsabilidade Civil fica assim definido:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Para que haja a responsabilidade civil, é necessária a presença de requisitos essenciais, tais como, a ação ou omissão do agente, a culpa ou dolo do agente causador do dano, e o nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano causado.

1.3 Responsabilidade contratual e extracontratual

É importante fazer uma distinção entre os tipos de responsabilidade, ou seja, a responsabilidade contratual e a extracontratual, uma vez que uma pessoa pode causar prejuízo à outra pelo descumprimento de uma obrigação contratual, como também, pela prática de um ato ilícito.

A responsabilidade contratual é aquela decorrente de uma relação jurídica, de um negócio jurídico, enquanto que a responsabilidade extracontratual deriva de um ato ilícito.

Havendo um negócio jurídico e o descumprimento ou inadimplemento de uma obrigação decorrente dessa relação, isso causará prejuízo a alguém, e assim, gerará o dever de indenizar, tendo em vista o princípio do enriquecimento sem causa.

Pode ocorrer também do agente causar um dano a alguém e não estar ligado a este alguém por um contrato. Neste caso há a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, que por sua ordem, gera o dever de indenizar.

Porém, essas duas categorias de responsabilidade estão próximas porque a culpa é um fator unitário para ambas. A diferença está na forma como a culpa está fundamentada, ou seja, pelo inadimplemento da obrigação em relação a uma relação contratual que é a responsabilidade contratual ou na prática de um ato

sem que haja propriamente uma relação jurídica entre os agentes, que é a responsabilidade aquiliana.

Tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual há a obrigação de indenizar, quando presentes os requisitos, ou seja, a existência do dano, a culpa do agente e a relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano sofrido pela vítima.

1.4 Obrigações de meio e de resultado

As obrigações são diversificadas, sendo necessário uma distinção entre as obrigações de meio e de resultado.

Essa distinção diz respeito à responsabilidade contratual.

As obrigações de meio são aquelas que impõem resultado determinado ao devedor, enquanto as obrigações de resultado impõem a adoção de medidas de cuidado e atenção.

Na obrigação de meio, há o dever de colocar a disposição da outra parte todos os meios possíveis e necessários e empreender toda diligência para a execução do contrato.

Há o compromisso de atingir um fim determinado, ou seja, um resultado, fazendo todo o possível para alcançá-lo, adotando atitudes apropriadas para atingir o objetivo, levando em conta a capacidade e a possibilidade oferecida.

O outro tipo de obrigação é a de resultado, onde além de todos os meios possíveis são empregados, também há o comprometimento de propiciar um resultado determinado e preciso.

Não há dúvidas quanto ao resultado esperado. O conteúdo da obrigação é o próprio resultado.

1.5 Teorias da responsabilidade civil

Hoje, no Direito Moderno a Responsabilidade Civil funda-se em duas teorias: Teoria da Culpa ou Subjetiva e Teoria do Risco ou Objetiva.

Teoria da Culpa ou Subjetiva

Por esta teoria, a culpa é fundamento essencial da responsabilidade civil. A responsabilidade do agente somente se configurará se agiu com culpa, de modo doloso ou culposo.

Assim, assevera o professor Silvio Rodrigues (2002, p. 11):

[...] de modo que a prova do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade no caso é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito.

A obrigação de reparar o dano está ligada ao fato do agente não ter agido (omissão voluntária), ou ter agido (ação) com negligência ou imprudência. É necessário, assim, que o dano seja consequência de “*um comportamento humano qualificado pelo elemento culpa*” (SAMPAIO, 2002, p. 26).

Esta teoria subjetiva está claramente demonstrada no art. 189 do Código Civil, que preceitua nesse sentido.

Teoria do Risco ou Objetiva

Esta teoria preconiza o dever de indenizar, de forma objetiva, havendo ou não a culpa.

Esta teoria surgiu no Direito Romano, e ganhou força com o Direito Francês, a partir do século XIX, trazendo a idéia que todo dano deve ser indenizado.

A culpa, dolosa ou culposa, do agente é de menor importância, bastando que haja um nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato do agente, para que haja o dever de indenizar.

Há hipóteses ainda, dentro da teoria do risco, em que há a responsabilização do agente ofensor independentemente de culpa, bastando o nexo de causalidade entre o fato e o resultado danoso.

Basta que haja uma atividade perigosa, que ofereça algum tipo de perigo ou que represente um risco assumido pelo agente, e este é obrigado a reparar os danos decorrentes dessa atividade.

Por essa teoria não se exige provas da culpa do agente para que ele tenha o dever de indenizar. A culpa é presumida por lei ou prescindível, por se fundar em atividade de risco.

No caso da culpa ser presumida, inverte-se o ônus da prova, isto é, a vítima somente precisa provar a ação ou omissão do ofensor, e que desse ato resultou o dano.

Segundo o Professor Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 21):

Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova [...] É objetiva porque dispensa a vítima do referido ônus. Mas, como se baseia em culpa presumida denomina-se objetiva imprópria ou impura.

O Código Civil traz disposições que contemplam a responsabilidade objetiva. Também algumas legislações especiais prevêm esse tipo de responsabilidade civil, como a responsabilidade civil decorrente de acidente de trabalho, no transporte de pessoas, no transporte aéreo e outras.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Regra geral da Responsabilidade Civil

O novo Código Civil estabelece regras com relação à responsabilidade civil, onde em seu art. 186¹ preceitua que aquele que causar dano a alguém, podendo ser por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violando direitos, comete ato ilícito.

Havendo o ato ilícito, e ocorrendo o dano, terá que repará-lo (art. 927, “caput” do Código Civil).²

Também deverá reparar o dano, aquele que no exercício de sua atividade, devido a sua natureza, implicar riscos para os direitos de outro, isso, independentemente de culpa (art. 927, parágrafo único do Código Civil) e nos casos especificados em lei.

O novo Código Civil inovou ao estabelecer que as atividades de risco são aquelas previstas em lei, e também aquelas que vierem a existir, que tenham caráter perigoso ou que impliquem risco, isso, respeitando as leis especiais existentes e as que vierem a ser promulgadas.

A legislação pátria adotou a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, tendo a subjetiva como regra, mas não previu a possibilidade do agente não responder quando provar que na realização dessa atividade, tomou todas as medidas e cautelas que pudessem evitar o risco.

¹ Art. 186 do Código Civil – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

² Art. 927 do Código Civil – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo Único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

2.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Como visto, a responsabilidade civil funda-se na idéia da reparação do dano causado a outra pessoa, em razão de certo comportamento.

Para que haja a responsabilidade civil, são necessários certos pressupostos, que são elementos essenciais, e sem os quais não haverá a obrigação de indenizar o ofendido.

A responsabilidade civil que é a adotada pelo Código Civil Brasileiro é a subjetiva, e são pressupostos dessa responsabilidade: Ação ou Omissão, Culpa ou Dolo do Ofensor, Relação de Causalidade (entre o dano e o resultado) e o Dano (sofrido pela vítima).

2.2.1 Culpa

O novo Código Civil em seu art. 186 traz que: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.

Assim, está estabelecida a regra de que o dever de indenizar depende de culpa em sentido amplo, ou seja, culpa ou dolo.

A culpa é de difícil caracterização porque o agente ofensor muitas vezes não age de modo contrário ao direito, não se tratando de um ato ilícito propriamente, porém, no caso concreto não é difícil reconhecê-la. Ele atinge um resultado não esperado por ter agido violando um dever de cuidado, e assim, atinge um resultado danoso, não querido inicialmente.

O conceito de culpa é de difícil definição. O Prof. Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 23), leciona que: *“Em sentido amplo, culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar”*.

Para o Professor Caio Mario (1990) apud Sampaio (2002, p. 31), o conceito de culpa está assim definido: *erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra o direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo*.

No conceito de culpa encontram-se dois elementos: o objetivo que é expresso na ilicitude e o subjetivo, que é o mau procedimento do agente.

Existem elementos essenciais a serem considerados com relação à culpa, criados pela doutrina: o primeiro desses elementos é a conduta voluntária com resultado involuntário, onde o ofensor pratica determinada conduta, mas sem a intenção de provocar um resultado danoso. O segundo elemento refere-se à previsão e previsibilidade, ou seja, o agente não espera que ocorra o resultado, mas este é previsível.

O terceiro elemento a ser observado é com relação à falta de cuidado, onde o agente não age com os devidos cuidados, não observando medidas de cautelas normais a um homem médio. Ele age com imprudência, imperícia e negligência.

A imprudência consiste em um comportamento descuidado e positivo; a imperícia é a falta de habilidade técnica que se espera do autor e a negligência é um comportamento omissivo.

A culpa é classificada, segundo a doutrina da seguinte forma: em decorrência da natureza do fato violado tem-se a culpa contratual e extracontratual. A culpa contratual ocorre quando não é observada uma obrigação prevista em um contrato e a culpa extracontratual quando ocorre a violação de um dever de origem legal.

Em razão da sua graduação, a culpa pode ser grave, leve ou levíssima. Ocorre a culpa grave quando o agente comporta-se como se quisesse o resultado, embora não o queira. Na segunda forma de culpa, ela é caracterizada quando há infração a um dever de conduta relativa a um homem médio. E haverá a culpa levíssima, quando pode ser evitada por uma atenção extraordinária, que poderia ser evitada por uma pessoa com extrema perícia.

Quanto à função do comportamento externo do agente ou da sua conduta, a culpa pode ser: culpa *in vigilando*, decorre da falta de atenção com o procedimento de outrem; culpa *in eligendo*, advém de escolha inadequada da pessoa a quem é confiado determinado ato; culpa *in committendo*, o agente é positivo na prática de certo ato, culpa *in faciendo*, é a conduta do agente é omissa, quando se exige uma ação; culpa *in custodiendo*, caracterizada pelo agente que

não tem o cuidado necessário com relação a pessoa, animal ou objeto sob seus cuidados.

Em função da apreciação de suas formas, a culpa classifica-se em: culpa *in concreto* que é aquela examinada em juízo com relação à negligência ou imprudência do agente e culpa *in abstracto* quando analisada em juízo, comparando a conduta do agente com relação ao que se considera o comportamento do homem normal.

A jurisprudência tem considerado também a culpa presumida. Em casos concretos, com evidências inquestionáveis, a prova da culpa é irrelevante. Nos casos de culpa presumida, há a inversão do ônus da prova, cabendo ao réu provar que não agiu com culpa. Não se pode confundir a culpa presumida com a responsabilidade objetiva, que independe de culpa (VENOSA, 2003, p. 27).

Outra espécie de culpa bastante parecida com a objetiva é culpa contra a legalidade, decorrente da transgressão de um dever imposto por lei ou regulamento.

Ainda com relação à indenização é relevante uma observação com relação à culpa concorrente, onde cada agente responde por sua conduta e participação na conduta delituosa. Quando o grau de culpa foi igual para os agentes envolvidos, há a compensação da responsabilidade, podendo também esse grau de culpa ocorrer com intensidade diferente para cada agente. Nesse caso, a indenização será proporcional ao grau de responsabilidade de cada um.

2.2.2 Dolo

Quando há violação de um dever jurídico e o agente causou o dano porque deliberadamente quis o resultado tem-se o dolo.

Entende-se por “*dolo a manifestação de vontade, conscientemente dirigida a determinado fim*” (SAMPAIO, 2002, p. 31). Dolo é a manifestação de vontade do agente, que tem consciência do ato e fim determinado. Essa conduta, que é um comportamento humano, nasce ilícita, pois o autor pratica o ato, visando e querendo um resultado antijurídico.

Segundo o Professor Sérgio Cavalieri Filho (2003, p. 50): “*O dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultado [...]. O juízo de desvalor do dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem*”.

O dolo é a vontade consciente dirigida à produção de um resultado ilícito. É a vontade de causar dano a outrem.

O dolo pode ser classificado em três espécies: direto, indireto e eventual. O primeiro ocorre quando há a previsão de um resultado ilícito causado pela conduta e o ofensor age com intenção de alcançar esse efeito. O segundo tipo de dolo é equiparado ao dolo direto, em que a pessoa não tem a intenção de produzir o resultado ilícito, porém, sabe que ele é uma consequência necessária do efeito que diretamente pretende atingir. O dolo eventual ocorre quando uma pessoa, prevendo o resultado ilícito, age contando com a possibilidade da verificação desse resultado.

Os elementos constitutivos do dolo são dois: a representação do resultado e a consciência da sua ilicitude. A representação do resultado é a previsão do fim a ser alcançado. É o objeto de sua ação, ele antevê o resultado e o elege como seu objetivo.

O agente sabe que ato a ser praticado e o resultado a ser alcançado são ilícitos, tem plena consciência disso. Sabe que está agindo de forma contrária ao dever jurídico.

2.2.3 Nexo de causalidade

Outro pressuposto da responsabilidade civil, seja ela objetiva ou subjetiva, é a relação de causalidade, isto é, o nexos existente entre a conduta do agente e o dano suportado pela vítima.

Partindo-se do princípio de que ninguém pode ser responsabilizado pelo dano ao qual não deu causa e sendo isso uma exigência expressa do Código Civil

em seu art. 186³, chega-se à conclusão de que somente haverá a obrigação de indenizar se existir esse nexo de causalidade, ficando demonstrado que o dano sofrido pela vítima adveio da conduta (ação ou omissão), do agente ofensor ou pelo rol do art. 932⁴ do Código Civil.

Assim como ensina o Professor Silvio Rodrigues (2002, p. 163): “*é indispensável a relação de causalidade entre o ato do agente, de seu preposto, da coisa inanimada que tem sob sua guarda e o prejuízo experimentado pela vítima*”.

Na responsabilidade civil há a necessidade de se demonstrar a relação de causalidade entre o dano e a ação, porque este pode ser provocado pela própria vítima, ou ainda, por qualquer outro agente.

O nexo de causalidade, como um pressuposto da responsabilidade civil, deve ser provado, e cabe ao autor da demanda o ônus dessa prova.

Para explicar a relação de causalidade três são as principais teorias: teoria da equivalência dos antecedentes ou das condições, teoria da causalidade adequada e teoria dos danos diretos e imediatos.

Pela teoria da equivalência dos antecedentes ou das condições, todas e quaisquer circunstâncias que concorreram para a produção do dano são consideradas como causa, sendo que na falta de alguma delas o resultado danoso não ocorreria. Esta teoria não foi adotada, pois foi utilizada de forma isolada, ensejando resultados absurdos e responsabilidade ilimitada.

A teoria da causalidade adequada traz como causa apenas aquele fato, que por si só, produz o resultado. Também não foi adotada, pois levaria a vítima a uma condição de irressarcibilidade, vez que havendo fatos diversos, não haveria como individualizar aquele que tivesse proporcionalizado o dano.

³ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁴ Art.932. São também responsáveis pela reparação civil:

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

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

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV – os donos de hotéis, hospedarias ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Pela teoria dos danos diretos e imediatos, que foi adotada pelo estatuto civil brasileiro, estabelece-se uma relação direta e imediata entre a causa e o efeito.

2.2.4 Dano

O dano é pressuposto indispensável à responsabilidade civil. Para existir a obrigação de indenizar é fundamental que tenha ocorrido o dano ou prejuízo causado a alguém.

Assim, dano, em sentido amplo, é toda lesão a um bem jurídico, incluindo-se também, nesse conceito, o dano moral que é bem jurídico de ordem personalíssima, como a intimidade, a vida, a honra, e muitos outros.

Para que haja a obrigação de indenizar é fundamental que tenha ocorrido o dano, não basta apenas a conduta culposa ou dolosa. A indenização sem dano acarreta o enriquecimento sem causa de quem recebe e pena para quem paga. O objetivo da reparação do dano é levar a vítima ao estado em que estava antes da ocorrência do fato danoso.

Por isso, muitos autores afirmam ser o dano um fato constitutivo da obrigação de indenizar e também um fator determinante.

O Prof. Sérgio Cavalieri Filho (2003, p. 89), conceitua o dano como:

[...] a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a honra, a imagem, a liberdade, etc.

Por esse conceito, conclui-se que o dano pode ser dividido em dano patrimonial e dano moral.

Dano patrimonial, também chamado de dano material, é aquele decorrente da perda ou redução do patrimônio da vítima. Atinge os bens da vítima que podem ser apreciáveis em dinheiro, que tenham valor pecuniário.

Alguns autores entendem que o dano que atinge o nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra, influenciando na receita ou despesa da pessoa, configura o dano patrimonial indireto.

O dano patrimonial abrange também os lucros cessantes, que são aqueles deixados de receber em virtude da lesão sofrida, bem como, o dano emergente, que significa aquilo que o lesado efetivamente perdeu.

Com relação ao dano moral⁵, deve ser analisada a dor psíquica ou o desconforto comportamental. É a afetação do ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, em razão da perda de um bem jurídico.

2.2.5 Ação ou Omissão

O primeiro elemento constitutivo da responsabilidade civil é a ação que consiste em um ato voluntário do ser humano, exteriorizado através de uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) que cause dano à terceiro.

Esse ato pode ser próprio, de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente e ainda, por coisas que estejam sob sua guarda.

A Professora Maria Helena Diniz (2003, p. 39), conceitua:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

A conduta, quando praticada pelo próprio agente, caracteriza a responsabilidade direta e se justifica na teoria da reparação, pois há uma ação pessoal que prejudicou terceiro, por infração a uma norma legal ou social.

Esse ato voluntário pode dar-se de duas formas: através de um ato comissivo, isto é, por um comportamento positivo, fazendo algo contrário à

⁵ O dano moral está estabelecido na Constituição Federal, que cuidou dos direitos e garantias individuais, em seu art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

previsão legal e por um ato omissivo, um comportamento negativo, onde o agente deixa de praticar uma conduta devida.

Há que se ressaltar, com relação à omissão, que somente haverá o direito de indenizar, se o agente omissivo tiver o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado.

O ato voluntário consistente em uma conduta do ser humano pode ser lícito ou ilícito.

Os atos lícitos não geram o dever de indenizar, ou seja, são aqueles atos praticados de acordo com a lei.

Com relação aos atos ilícitos, que são aqueles praticados de forma contrária ao previsto no ordenamento jurídico, o dever de reparar o dano consiste na idéia de culpa.

Finalmente, é relevante ressaltar que a obrigação de reparar o dano pode se dar também por fato de terceiro que esteja sob sua responsabilidade, assim como por danos causados por coisas que estejam sob a sua guarda.

Esse tipo de obrigação por fato de terceiro ou de outrem ocorre quando os filhos, tutelados e curatelados cometem o dano, sendo responsáveis pela reparação os pais, cujos filhos menores estejam sob o seu poder e em sua companhia. Também são responsáveis o tutor e o curador, e também, o patrão, por seus empregados, os educadores e hoteleiros por seus educandos e hóspedes.

2.3 Responsabilidade Civil como uma problemática jurídica

A matéria relativa à responsabilidade civil gera dúvidas e controvérsias, gerando debates entre os doutrinadores.

É um tema muito amplo, pois na sociedade em que se vive, muitos conflitos e problemas são vividos pelo homem e a responsabilidade civil traz em seu conceito a idéia de apaziguar esses conflitos e impor ao causador do dano a obrigação de reparar o mal causado, voltando ao *statu quo ante*.

A problemática está voltada para se concluir quem tem a obrigação de reparar o dano e a forma como será a recomposição do *statu quo ante* e como se fará a reparação do dano.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

3.1 Evolução através dos tempos

3.1.1 Teoria da irresponsabilidade

Os Estados absolutistas tinham a concepção de que o Estado era um ente soberano e poderoso, e como tal, não poderia responder pelos danos causados a terceiros.

Assim, o Estado não poderia responder pelos danos causados por seus agentes.

O Estado tinha autoridade e tutelada de seus súditos, e por isso, não podia ser atingido. Prevalencia o princípio de que o rei não pode errar. Havendo responsabilidade do Estado, este estaria se igualando e descendo ao nível de seus súditos.

No Estado Liberal havia o princípio da separação de poderes, onde um poder não poderia interferir no outro.

Após a Revolução Francesa, pequenas mudanças foram observadas, onde os agentes públicos poderiam ser responsabilizados pela prática de atos abusivos. Essa responsabilização dependia de autorização estatal.

3.1.2 Teoria civilista

Esta teoria surgiu baseada nos princípios do direito privado, tendo como fundamento a culpa do agente do Estado. Tinha como fundamento o enriquecimento sem causa, o abuso de direitos e outros.

A partir de então, o Estado igualou-se ao cidadão comum. O Estado respondia como qualquer ente, tendo que reparar o dano, desde que presentes os

elementos da responsabilidade civil, ou seja, o fato, o dano, o nexo causal, a culpa ou dolo do agente.

3.1.3 Teoria publicista

Por esta teoria, que teve sua origem na França, no Século XIX, para que houvesse a responsabilização do Estado, não poderiam ser levadas em conta as regras de ordem privada, mas sim, as regras de ordem pública.

3.1.4 Teoria da culpa administrativa

Essa teoria é também chamada de teoria da falta de serviço ou do acidente administrativo e representa uma fase de transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a doutrina objetiva do risco administrativo.

Ela também é a mais aceita pelos Tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.

Para parte dos doutrinadores, essa teoria é essencialmente subjetiva, uma vez que é fundada na culpa, do serviço ou do funcionário. Essa culpa é uma culpa anônima, eis que é atribuída ao serviço público, embora tenha sido praticada pelo agente público. É diferente da culpa do direito civil, onde esta é individualizada e personalizada.

A teoria da culpa administrativa visa desvincular a responsabilidade do Estado da idéia de culpa do funcionário, passando a entender como culpa do serviço público.

O serviço público tem que funcionar de forma perfeita, regular e sem falhas, visando sempre o bem da coletividade, para que esta se beneficie com o seu funcionamento. Não pode funcionar mal.

Quando o serviço público funciona mal, não funciona, ou ainda, funciona de forma lenta, está caracterizada a teoria do acidente administrativo ou culpa do

serviço, tendo-se a responsabilidade do Estado independentemente de apuração de culpa do funcionário.

A obrigação de indenizar é devida a partir do momento em que existe o nexo de causalidade entre o dano e o ato lesivo. Não se fala em culpa da Administração ou de seus agentes, basta a demonstração do fato danoso e injusto, e que este fato tenha sido causado pela Administração ou seus agentes.

Essa teoria exige da vítima o ônus da prova, pois além de suportar o dano sofrido, deverá ainda, provar a falha no serviço público para que tenha direito à indenização.

3.1.5 Teoria do risco administrativo

A teoria do risco administrativo não pode ser confundida com a teoria da culpa administrativa, uma vez que nesta é necessário que haja a falta do serviço ou culpa subjetiva do agente administrativo, enquanto que naquela, tem que haver o nexo de causalidade entre o fato danoso decorrente da ação ou omissão e o dano causado.

A teoria do risco administrativo depende tão somente da comprovação da relação de causalidade entre o dano sofrido e a ação ou omissão do Estado. Porém, o Estado também pode eximir-se da obrigação de indenizar, total ou parcialmente, quando houver culpa do lesado na ocorrência do evento danoso e também, quando ocorrer um motivo de força maior.

3.1.6 Teoria do risco integral

Por esta teoria, o Estado tem a obrigação de indenizar os danos causados pelo comportamento comissivo de seus agentes a direitos particulares.

O fundamento da responsabilidade civil do Estado é o risco decorrente da atividade estatal produzido por comportamento administrativo comissivo, devendo

existir o nexo causal entre a lesão e o ato. Basta que se comprove a relação de causalidade entre o ato e sua fonte.

Dessa forma, o Estado teria a obrigação de indenizar, ainda que provada a culpa da vítima, podendo inclusive essa culpa ser exclusiva ou de terceiro. Afasta-se o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o resultado, mas o Estado tem que indenizar a vítima.

Todo e qualquer evento danoso seria indenizado pelo Estado, não afastando sequer o caso fortuito e a força maior.

3.2 Das excludentes

Excludentes são determinados atos e circunstâncias, previstas no ordenamento jurídico, que se juntam ao ato ilícito e dele retiram a ilicitude, tornando-o válido. São casos excepcionais que não constituem ilícitos, mesmo causando prejuízo a terceiro.

Existe o dano e a relação de causalidade entre o dano praticado pelo agente e o prejuízo causado, porém está previsto em lei que essas condutas foram cometidas por motivos legítimos e por isso afastam o dever de indenizar. Essas condutas desfiguram o nexo de causalidade, eis que a norma desqualifica o ilícito.

3.2.1 O abuso de Direito

O abuso de direito ocorre sempre que houver excesso no exercício regular do direito.

O exercício regular e normal de um direito que venha a lesar o direito alheio exclui a responsabilidade e dessa forma, também o dever de indenizar.

O Código Civil em seu art. 187 traz expressamente a teoria do abuso de direito: *“também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*.

Esse artigo condena o exercício abusivo de qualquer direito subjetivo.

O exercício abusivo do direito pode acarretar a obrigação de ressarcir os danos, e para que haja essa responsabilidade, os autores baseiam-se em três critérios: a intenção de lesar a terceiro, ausência de interesse sério e legítimo e, finalmente, o exercício do direito fora de sua finalidade econômica e social.

3.2.2 Estado de necessidade administrativa

No estado de necessidade o agente, na iminência de perigo contra um bem seu, coloca em risco uma coisa alheia, causando-lhe dano.

Aquele que age em estado de necessidade, não poderia evitar o mal causado se agisse com mais cautela ou perícia ou diligência. A única forma de escapar do perigo é causando o dano, e para preservar a coisa própria, tem que causar o dano em coisa alheia.

O estado de necessidade é reconhecido no Código Civil nos artigos 188, II, 929 e 930.

O ato praticado em estado de necessidade é um ato ilícito em sua essência, porém a lei reconhece a excludente, tornando, assim, o ato lícito, mas quem o praticou não está isento de reparar o dano causado.

Para que haja a escusabilidade de reparar o dano causado, deve ser observado o disposto nos artigos 929 e 930 do Código Civil, que asseguram a indenização ao dono da coisa lesada, se este não for culpado pelo perigo. Se o perigo ocorreu por culpa de terceiro, deverá ser promovida ação de regresso pelo autor do dano, para ser ressarcido da importância que pagou.

Como se verifica pelo acima exposto, é bastante restrita a possibilidade do ofensor que agiu em estado de necessidade, eximir-se da indenização.

A orientação contida nos artigos 929 e 930 é uma contradição para com o artigo 188, II do Código Civil, pois este considera lícito o ato, enquanto aqueles obrigam o agente a indenizar a deterioração da coisa alheia para remover perigo iminente.

Porém, está pacificado o entendimento de que o dano causado em estado de necessidade não afasta do ofensor da responsabilidade e dever de indenizar, mesmo que tenha sido absolvido na esfera criminal.

3.2.3 Fato da vítima: exclusivo e concorrente

Também se exclui a responsabilidade quando o fato ocorre por culpa exclusiva da vítima, pois impossibilita um nexo de causalidade entre o evento e a conduta, ou seja, deixa de existir a relação de causa e efeito entre o ato praticado pelo ofensor e o prejuízo experimentado pela vítima.

Essa inexistência de obrigação de reparar o dano ocorre não pela ausência da culpa, que não é requisito obrigatório da responsabilidade objetiva, mas porque a vítima participou para a ocorrência do evento, excluindo ou atenuando o nexo causal.

Quando há a culpa concorrente entre a vítima e o agente ofensor, a responsabilidade e a indenização são repartidas de acordo com a culpa de cada um, podendo ser divididas em frações desiguais.

Pode também não haver a indenização quando pela concorrência de culpas os danos compensarem-se.

A doutrina e jurisprudência dividem-se quanto à apuração da concorrência de culpas. A tese mais aceita é que havendo a culpa concorrente, deve a condenação ser proporcional.

3.2.4 O fato de terceiro

Terceiro é toda pessoa que concorre para a ocorrência de um fato danoso, com exceção da pessoa jurídica de direito público, a de direito privado e a própria vítima.

A culpa de terceiro também é causa de exclusão da responsabilidade ou ainda, de redução dessa responsabilidade, dependendo da participação do

terceiro no evento. Havendo a culpa exclusiva do terceiro, somente este terá a obrigação de indenizar o dano causado à vítima.

Havendo a culpa de terceiro, isso não exime o causador do dano de indenizar, porém, este terá direito a ação de regresso contra o causador indireto, ou seja, contra o terceiro.

3.2.5 Caso fortuito e força maior

O direito positivo brasileiro entende como causa de exclusão da responsabilidade essas duas figuras, havendo, no entanto, na doutrina, certa confusão quanto ao significado dessas duas expressões.

Há quem entenda que essas expressões são sinônimas, porém, a maioria da doutrina estabelece uma distinção: o caso fortuito seria decorrente de fatos da natureza, como por exemplo, terremoto, inundação e incêndio não provocado, enquanto que a força maior é decorrente dos atos humanos, como a guerra, revolução, greve. Outros doutrinadores ainda, dizem que o caso fortuito caracteriza-se pela imprevisibilidade e que na força maior a causa que dá origem ao evento é conhecida, porém, invencível pelo ser humano.

Toda essa discussão é irrelevante, pois em sede de responsabilidade civil, na prática, seus efeitos são equivalentes.

Para a configuração do caso fortuito ou da força maior, como excludentes da responsabilidade, são importantes que estejam presentes os seguintes requisitos: que o acontecimento seja natural, imprevisível, inevitável, irresistível e que não haja culpa do agente.

O caso fortuito e a força maior constituem excludentes de responsabilidade, porque rompem a relação de causalidade entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima. Para que o Estado exima-se da obrigação de indenizar, é necessário que a ausência de nexos causal impossibilite qualquer atribuição de responsabilidade a ele, ou seja, se a obrigação de ressarcir não está ligada ao fato do agente, mas em decorrência de um acontecimento que escapa ao seu poder,

não haverá a obrigação de indenizar. Porém, se o fato teve início ou se foi agravado pelo agente, este terá o dever de ressarcir os danos causados.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA DEMORA NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

4.1 Responsabilidade Civil do Estado no direito comparado

Para melhor compreensão do direito positivo brasileiro, o estudo do direito comparado é de suma importância para auxiliar na interpretação e aplicação dos institutos jurídicos brasileiros, eis que os conceitos jurídicos são cada vez mais universais decorrentes de uma evolução histórica e não apenas de cada povo individualmente, estando, muitas vezes, consagrados na legislação interna de cada país e também em tratados ou acordos internacionais.

Dessa forma, em alguns países como a Espanha, Itália, França, Alemanha e Polônia, admite-se a responsabilidade do Estado, mesmo quando não há o erro judiciário.

4.1.1 Espanha

Sobre isso a Constituição Espanhola em seu art. 121 dispõe que: *los daños causados por erros judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, daran derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la lei.*

Na Espanha ocorre a responsabilidade do Estado por erro judiciário, pelo funcionamento anormal da Administração da Justiça, salvo os casos de força maior e pela prisão preventiva seguida de absolvição.

A responsabilidade civil no Direito Espanhol está no mesmo plano da responsabilidade do Magistrado, podendo o jurisdicionado espanhol promover a ação de indenização contra o Estado, contra o Estado e Magistrado ou somente contra o Magistrado.

A Constituição Espanhola envolve dois tipos de problemas: de um lado o dano produzido pela atividade jurisdicional propriamente dita, como resultado das

sentenças injustas e de outro lado, os danos que são imputados à Administração da Justiça, em seus aspectos não jurisdicionais.

Essa mesma Constituição preceitua ainda que, todos têm direitos a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias.

4.1.2 França

O sistema Francês não é uno. A França possui uma jurisdição administrativa e uma jurisdição judiciária, o que faz com se tenha duas jurisprudências, o que às vezes gera um conflito entre ambas.

Os danos advindos do Executivo francês são regrados pelo direito comum da responsabilidade administrativa, sendo apreciados pelo Conselho de Estado. Com relação aos danos causados pelo funcionamento da justiça comum, estes são serviços da gestão pública e por isso, regidos pelos princípios da responsabilidade do Poder Público.

A história traz que nem sempre a responsabilidade do Estado pelo funcionamento da Justiça foi admitida pela jurisprudência, prevalecendo por longa data a imunidade do Poder Público.

Somente haveria a responsabilidade do Estado se existisse texto legal. Assim, apenas em duas hipóteses o Estado teria o dever de indenizar: por erro judiciário criminal e quando o jurisdicionado ganhasse um processo da “prise à partie”, onde primeiro estabelecia-se a culpa pessoal do juiz, e depois, subsidiariamente a do Estado.

E assim, diversas leis foram criadas, progressivamente, visando adotar a responsabilidade do Estado, como a que instituiu a indenização para a vítima de prisão provisória que fosse absolvida; a lei que estabeleceu a responsabilidade estatal nos casos de culpa do juiz da tutela; a lei que diz que o Estado está obrigado a reparar o dano causado pelo mau funcionamento do serviço da justiça, em casos de culpa grave ou por denegação da justiça.

Essa última lei citada, embora aplicável apenas aos tribunais comuns, influenciou também nas jurisdições administrativas, fazendo com que o Conselho de

Estado francês adotasse o princípio da responsabilidade pelos danos provenientes das atividades da Jurisdição Administrativa.

4.1.3 Portugal

A Constituição Portuguesa adotou o direito à indenização para as vítimas de erros judiciários penais, estabelecendo também, que todos os cidadãos podem apresentar petições, representações e reclamações ou queixas para defesa de seus direitos, bem como, serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado desses expedientes.

A legislação infraconstitucional, no Código de Processo Civil Português em seu art. 2º, que trata da garantia de acesso aos tribunais, preceitua o direito de todo cidadão de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie a pretensão do jurisdicionado, bem como a possibilidade de fazer executar essa decisão.

4.1.4 Itália

A Itália admite a responsabilidade do Estado, mesmo fora da hipótese de erro judiciário.

A responsabilidade dos magistrados foi decidida através de um plebiscito, devido ao descontentamento da sociedade com o sistema jurídico italiano, pois a falta de profissionalismo e de responsabilidade no cumprimento de seus deveres fez com que a sociedade se rebelasse contra a irresponsabilidade do Estado e de seus agentes.

Como consequência surgiram leis que determinaram o ressarcimento do particular lesado por ato judicial ilícito. Essas ações seriam propostas contra o Estado e não contra o magistrado. O Estado responderia, podendo ter direito de regresso contra o juiz.

Essa regra também está contemplada na Constituição Italiana, em seu art. 28, que estabelece a responsabilidade do Estado como extensão da responsabilidade pessoal e direta do agente público, sendo que esta última ocorre através da via de regresso.

Outra lei italiana estabeleceu a responsabilidade do Estado quando houver danos patrimoniais e danos não patrimoniais decorrentes da privação da liberdade pessoal, causados por magistrados no exercício de suas funções, com dolo ou culpa grave ou denegação da justiça, isto é, quando houver omissão ou atraso do magistrado no cumprimento de seus atos de ofício. Nestes casos, também é cabível a ação de regresso contra o magistrado faltoso.

Esse regresso contra o magistrado, na concepção italiana, tem caráter de sanção disciplinar, sendo que o valor cobrado pelo Estado do magistrado não pode ultrapassar um terço do seu vencimento líquido anual, exceto se o dano foi causado por comportamento doloso, quando o reembolso será integral.

Ainda, a legislação italiana prevê que sendo o dano causado por órgão colegiado, todos os seus componentes serão legitimados para a ação de regresso, exceto com relação àqueles que observaram os preceitos legais, em caso de divergência.

4.1.5 Canadá

A Carta Canadense dos Direitos e Liberdades estabelece: *“Toda pessoa demandada tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável”*.

Esse direito a uma prestação jurisdicional rápida e eficaz deve ser aferido analisando-se determinadas hipóteses, como por exemplo, o interesse que esse direito visa proteger, os vários fatores que devem ser observados para se verificar se a demora é injustificada e quais os métodos apropriados para evitar a violação desses direitos.

4.1.6 Pacto de São José da Costa Rica

A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), à qual o Brasil aderiu através do Decreto 678, de 06/11/92, estabelece no título de “Garantias Judiciais” em seu artigo 8º:

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

A Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º, § 2º estabelece: “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”.

A disposição contida no Pacto de São José da Costa Rica faz parte do ordenamento jurídico pátrio e é auto-aplicável, tendo em vista o disposto no § 2º do citado artigo da Constituição Federal.

Todos esses dispositivos são uma complementação ao Princípio do Acesso à Justiça, e levam à obrigatoriedade do Estado em prestar uma tutela jurisdicional rápida e eficaz.

4.2 Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro

4.2.1 Evolução Histórica da Responsabilidade Civil do Estado no Direito Brasileiro

No Brasil, a doutrina é unânime em afirmar que a teoria da irresponsabilidade jamais foi aceita, desde o período colonial, onde vigiam leis portuguesas, até os dias atuais, com a Constituição Federal de 1988.

4.2.1.1 Período Colonial

No período do Brasil Colônia, vigoravam as leis portuguesas, que aceitavam de forma absoluta a teoria da irresponsabilidade patrimonial do Estado. Todos os poderes estavam nas mãos do Rei, onde o Estado era o Rei, e o Rei não cometia erros e sempre vigorava a vontade do Rei.

O Estado e o soberano estavam acima de qualquer responsabilização, não existindo qualquer pessoa que respondesse pelos danos causados pelos agentes do governo.

4.2.1.2 Período Imperial

Com a proclamação de independência, em substituição a teoria da irresponsabilidade, surgiu a preocupação do Poder Público em reparar os danos causados por seus agentes, em determinados casos, admitindo assim, a responsabilidade dos agentes públicos.

A Constituição de 1824⁶ excluía expressamente a responsabilidade do Imperador, mas trazia diversos dispositivos que preceituavam a responsabilidade dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções.

Porém, alguns doutrinadores afirmam que esses dispositivos não transferiam a responsabilidade do Estado para seus agentes, mas sim, que se tratava de responsabilidade criminal dos funcionários.

4.2.1.3 Período Republicano

⁶ Art. 179, nº 29 da Constituição Política do Império do Brasil de 1824: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos”.

A Constituição Republicana de 1891, a primeira desse período, em seu artigo 82⁷, acolheu a responsabilidade pessoal e subjetiva de seus funcionários públicos e não a do Estado.

Alguns doutrinadores entendem que esse dispositivo acima citado não excluía a responsabilidade do Estado e responsabilizava o funcionário público, mas sim, configurava a solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes.

Nesse período, leis ordinárias surgiram prevendo a responsabilidade extracontratual do Estado, solidariamente com os funcionários, como nos casos de lesão a direito com dano certo e relação direta de causalidade entre o dano e o ato ou omissão de um serviço público⁸.

A Constituição Federal de 1934 evoluiu com relação à anterior, trazendo o princípio da responsabilidade solidária entre o Estado e seus funcionários. Seu art. 171 dispunha:

Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de 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 conta o funcionário culpado.

Com esse dispositivo surgiram as figuras do Estado e do funcionário como responsáveis solidários pelo dano causado a terceiro.

A Constituição Federal de 1937 não trouxe novidades, mantendo a responsabilidade solidária constante na Constituição de 1934.

⁷ Art. 82 da Constituição Republicana de 1891: “Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”.

⁸ A Lei 221, de 20.11.1894, embora tratasse de procedimento, estabeleceu, em seu art. 13, que “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”.

Em seguida, com a promulgação da Constituição Federal de 1946⁹, adotou-se a teoria da responsabilidade objetiva do Estado e o regime de regressividade entre o Estado e o funcionário público, pois atribuiu responsabilidade às pessoas jurídicas de direito público interno pelos danos causados por seus agentes, nessa qualidade, prevendo ainda, a possibilidade de ação regressiva do Estado contra o funcionário que agiu com culpa.

Em seguida, as constituições militares¹⁰ mantiveram a mesma forma de responsabilidade civil da constituição anterior, determinando que as pessoas jurídicas de direito público respondessem pelos danos causados a terceiros por seus funcionários, nessa qualidade, cabendo ação de regresso contra esses funcionários, em caso de dolo ou culpa.

Assim, as Constituições Federais de 1967 e 1969 ampliou a responsabilidade do Estado, incluindo os elementos dolo e culpa, mantendo a responsabilidade objetiva do Estado.

Enfim, a Constituição Federal promulgada em 1988 manteve a teoria da responsabilidade objetiva do Estado constante da Constituição de 1946, ampliando seu alcance às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, conforme artigo 37, § 6º, ¹¹ com a seguinte redação:

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:

§ 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.

Esta atual Constituição sedimentou a responsabilidade do Estado como sendo objetiva e a do funcionário como subjetiva, quando o agente tiver agido com

⁹ Art. 194 da Constituição Federal de 1946: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único: Caber-lhe-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

¹⁰ Constituição Federal de 24/01/1967 (art. 105) e a conferida pela Emenda Constitucional nº 1 de 17/10/1969 (art. 107).

dolo ou culpa. Concluiu-se, diante desta disposição constitucional, que agindo o funcionário em nome do Estado, como pessoa física não poderá ser acionada diretamente pelo ofendido. Este deverá pleitear indenização contra o Estado, que após pagar a respectiva indenização, terá direito de regresso contra o agente, se este agiu com dolo ou culpa.

¹¹ Este dispositivo constitucional compreende duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do funcionário.

5 DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Federal traz um princípio denominado de Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, segundo o qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Esse princípio garante a todas as pessoas o direito do acesso à justiça. Essa norma tem como destinatário imediato o legislador, mas dirige-se a todas as pessoas indistintamente, pois ninguém e muito menos o legislador pode afastar o cidadão do acesso à justiça.

O acesso à justiça não é somente aos órgãos do Poder Judiciário, mas sim a uma ordem jurídica justa, que é um direito fundamental do cidadão. E para alcançar essa ordem jurídica justa, o direito fundamental de acesso à justiça deve ter condições materiais e instrumentais que aperfeiçoem a prestação do serviço pelo Estado, bem como, deve garantir meio processual eficiente para a prestação da justiça.

Sobre o tema afirmam os Professores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 33):

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão do processo, ou possibilidade de ingresso em juízo [...] para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defenderem-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais.

A Constituição brasileira trouxe o Estado Democrático de Direito, que deve proporcionar aos seus cidadãos uma convivência social numa sociedade livre, justa e solidária. A jurisdição e o acesso à justiça devem seguir essa linha do Estado Democrático de Direito. Segundo o Professor Luiz Guilherme Marinomi

(1999, p. 23-24), a jurisdição visa realizar os fins do Estado. O acesso à justiça objetiva superar as desigualdades que impedem esse acesso, através de um processo onde as pessoas lutem em igualdade de condições, com a participação de todos visando sempre o bem comum. O tema do acesso à justiça está ligado à noção de justiça social.

Para fazer valer esse direito constitucional, o Estado tem que colocar a disposição de todos, os meios adequados para a realização dos direitos, proporcionando um acesso à tutela jurisdicional de maneira efetiva e eficiente.

5.1 Conceito de Acesso à Justiça

O acesso à justiça, como dito anteriormente, não é simplesmente o acesso aos órgãos do Judiciário, e sim o acesso a uma ordem jurídica justa, que garantam a todos uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais, bem como, o acesso a uma jurisdição com meios processuais eficientes.

Como visto, os Professores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 33), afirmam que o acesso à justiça não é a mera admissão ao processo, mas exigem a possibilidade de uma universalidade de jurisdição, sempre com a garantia de serem respeitadas as regras do devido processo legal e o direito ao contraditório e ampla defesa, para a formação do convencimento do juiz, visando sempre uma solução justa.

O acesso à justiça é o simples ingresso do indivíduo em juízo, utilizando o processo para a realização de seus direitos através das funções do Estado, a quem compete garantir a eficiência do ordenamento jurídico e proporcionar a realização da justiça aos cidadãos.

Não é simplesmente o acesso aos Tribunais, representado pelo Juiz, mas principalmente o acesso ao direito, onde cada cidadão deve ter em sua mente o espírito de luta e lutar por esses direitos que lhe são garantidos.

A Professora Heliana Coutinho Hess (2004, p. 3), assim conceitua o acesso à justiça:

O conceito de *acesso à justiça*, expressa um juízo de valor que se refere diretamente a um direito fundamental do homem em buscar a justiça, o justo, para solucionar os conflitos de interesses, com base em normas de conduta ética e consoante leis que regem a sociedade e o Estado.

5.2. Evolução do Acesso à Justiça

Nos séculos XVIII e XIX, nos Estados Burgueses o acesso à justiça era garantido àqueles que tivessem condições financeiras para arcar com as custas do processo. O Estado não tinha responsabilidade nenhuma para com os demais.

Uma justiça acessível a todos já era pleiteada nos sistemas jurídicos mais modernos, tanto no mundo socialista como no ocidental. As Constituições ocidentais do século XX buscavam a integração das liberdades individuais tradicionais com as garantias e direitos sociais, visando torná-las acessíveis a todos e garantir a igualdade perante a lei.

No pós-guerra, no começo do século, a problemática do acesso à justiça tornou-se mais intensa, pois a consagração dos novos direitos (direitos sociais em contrapartida aos direitos individuais) passou a ser fundamental, iniciando-se uma nova fase no direito de acesso à justiça. O acesso à justiça passou a ser um direito fundamental de um sistema igualitário.

Sobre esse assunto preleciona o Professor Luiz Guilherme Marinomi (1999, p. 26):

Quando as democracias passam a preocupar-se com a realidade, deixando de lado o amor pelo simples reconhecimento das liberdades políticas – surgindo, então, os direitos sociais e econômicos -, os desiguais passam a ser tratados de forma desigual. Os direitos sociais surgem a partir do momento em que se toma consciência da transformação das liberdades públicas em privilégios de poucos, ou seja, em privilégios de burgueses. Com os novos direitos sociais busca-se salvaguardar a liberdade do cidadão não mais da opressão política, mas sim da opressão econômica.

Com a evolução desses direitos de terceira geração o processo teve que evoluir para fazer frente a esses direitos, evoluindo também o direito de ação, deixando de ser apenas uma forma de movimentar o judiciário a fim de garantir um provimento jurisdicional, para ser um direito ao acesso à ordem jurídica justa.

Assim, o processo deixou de ser um mero instrumento da jurisdição para tornar-se um instrumento para a solução de conflitos sociais, de forma a atingir a ordem jurídica justa. A jurisdição que tinha a função de aplicar o direito com objetivos simplesmente jurídicos, com essa evolução passa a ter escopos sociais (dirimir conflitos) e políticos (participação do cidadão através do contraditório e por intermédio do processo).

5.3. Acesso Efetivo à Justiça

O tema de acesso à justiça está ligado à noção de justiça social. Com a evolução da sociedade esse tema tornou-se um direito básico de todas as civilizações.

O acesso à justiça garantido pelo artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal¹², em regra, é garantido pelo direito de ação. É um direito fundamental, que garante a todas as pessoas o direito de exigir que o Estado, através do Poder Judiciário, solucione os conflitos existentes e que são levados à sua apreciação.

Os direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal, devem ser interpretados de forma ampla, para que seja dada efetividade a esse princípio. Efetivo é aquilo que é eficaz.

Conforme ensina o mestre Jorge de Oliveira Vargas (2001, p. 46):

O acesso à justiça tanto pode ser formal como material ou efetivo. É meramente formal aquele que simplesmente possibilita a entrada em juízo do pedido formulado pela parte. Isto não basta. É importante garantir o início e o fim do processo, em tempo satisfatório, razoável, de tal maneira que a demora não sufoque o direito ou a expectativa do direito.

É entendimento doutrinário que o artigo 5º da Constituição Federal garante a todos uma adequada tutela jurisdicional, e para que seja efetiva, deve ser tempestiva, dispondo de instrumentos adequados que assegure um resultado positivo, com mínimo de desgaste e menos despesas.

5.4. Obstáculo ao Efetivo Acesso à Justiça

Hoje no Brasil, com a evolução ocorrida no princípio de acesso à justiça, tanto as pessoas ricas como as hipossuficientes têm condições de recorrer ao Poder Judiciário para ter os seus litígios resolvidos.

O efetivo acesso à justiça, porém, tem que superar muitos obstáculos existentes no Direito Brasileiro para alcançar a igualdade entre as partes e a ordem jurídica justa.

O custo de um processo no Brasil é muito elevado. As custas judiciais são um grande problema para a solução de conflitos via Poder Judiciário, pois o Estado dá ao jurisdicionado um aparato de Juízes e servidores para atenderem as demandas judiciais, porém, as despesas processuais são reservadas aos litigantes, assim como os honorários advocatícios.

Nas causas de pequenos valores encontra-se outro obstáculo que está também relacionado com os custos do processo. Muitas vezes torna-se inviável promover a ação judicial, pois o valor das despesas é maior do que o próprio valor da causa.

Outro problema que se encontra é o relacionado com o tempo que determinadas ações levam para ser julgadas e encerradas. Essa demora torna o processo mais oneroso, pois os valores das despesas aumentam, os que muitas vezes, faz com que os menos abastados desistam da demanda ou façam acordos com valores inferiores aos que teriam direito.

Alguns litigantes têm mais vantagens que outros na propositura das ações. O litigante que possui recursos financeiros maiores tem mais chances de obter sucesso na ação, pois tem condições de arcar com as despesas decorrentes de provas mais caras e eficientes, bem como, com defesa eficaz.

Muitas pessoas não conhecem os seus direitos e por isso têm dificuldades para propor uma ação ou promover sua defesa. Essa deficiência atinge a maioria da população e não somente as pessoas de baixa renda. Devido ao pouco

¹² XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

conhecimento, a população não tem condições de saber se é caso de defesa de seus direitos.

Outra barreira apontada pelos estudiosos é o formalismo das instituições jurídicas. As pessoas não recorrem ao Judiciário por entender ser um ambiente opressor e por isso, temido.

No mundo jurídico existem litigantes com grande experiência, pois propõem ações constantemente e por isso são mais aptos, possuindo grande experiência e litigantes que raramente propõem ações, não tendo as mesmas perspectivas dos outros.

A própria legislação muitas vezes não permite o acesso à justiça, criando obstáculos, inviabilizando ou mesmo dificultando a ida ao Judiciário.

Por todo o exposto, chega-se a conclusão que o acesso à justiça não é efetivo, sendo que algumas pessoas levam vantagens em relação a outras, especialmente sobre os mais pobres, que têm maior dificuldade no acesso à justiça.

5.5. Garantia a uma Prestação Jurisdicional em Prazo Razoável

A Carta Magna Brasileira em seu artigo 5º, inciso LIV estabelece o princípio do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law* (Nery Júnior, 1997, p. 27).

Este princípio garante que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. É caracterizado pelo trinômio vida-liberdade-propriedade.

Desse princípio constitucional derivam outras garantias específicas como a do juiz natural, contraditório e ampla defesa, isonomia, a publicidade e o dever de motivar as decisões judiciais, e muitas outras.

Porém, em momento algum a Constituição Federal refere-se expressamente à garantia de uma prestação jurisdicional em um prazo razoável. Mas, o parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Magna estabelece que: “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime

dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O Brasil é signatário da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, ou seja, do Pacto de São José da Costa Rica, ao qual aderiu através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, e por isso, os direitos e garantias trazidas pelo Pacto, integram o ordenamento jurídico pátrio com força de norma constitucional, reforçando as regras do devido processo legal.

Diz o artigo 8º da Convenção:

Art. 8º. Garantias judiciais.

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

Surge assim, explicitamente na Convenção, a garantia de uma prestação jurisdicional em um prazo razoável. Essa norma integra as garantias do devido processo legal, vindo complementar o princípio do acesso à Justiça, e tem aplicação imediata.

Não pode, então, o Estado se esquivar de sua responsabilidade, pois com a adesão ao Pacto, houve um comprometimento em adequar a legislação interna para efetivar os direitos constantes naquele instrumento.

Nesse sentido leciona o Professor Jorge de Oliveira Vargas (2001, p. 77):

Se não houvesse dispositivo legal aplicável para garantir a prestação de tutela jurisdicional em prazo razoável, o Estado não poderia alegar esta omissão para excluir sua responsabilidade, pois é princípio de direito secularmente consagrado que a ninguém é dado alegar em seu favor a própria torpeza.

Mas, como já ficou demonstrado, nós temos dispositivos constitucionais e auto aplicáveis que garantem o exercício do direito a uma jurisdição tempestiva.

O descumprimento da regra que preconiza a prestação jurisdicional em prazo razoável pode acarretar em sanções pecuniárias por parte da Comissão e da Corte Americana dos Direitos do Homem ao Estado que ferir essa regra.

6 A FUNÇÃO JURISDICIONAL

A Constituição Federal protege os direitos dos indivíduos e estabelece o Estado de Direito, trazendo em seu art. 2º a separação de poderes segundo o qual: “*São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, O Executivo e o Judiciário*”.

Cada um desses poderes tem funções definidas. O Poder Executivo tem a função de aplicar a legislação vigente ao caso concreto que ocorre na sociedade. A função legislativa, que é exercida pelo Poder Legislativo, é elaborar normas e regras gerais, para serem aplicadas a fim de disciplinar a vida em sociedade, e, finalmente, o Poder Judiciário, que tem como função a aplicação do direito ao caso concreto, com a finalidade de solucionar os conflitos de interesses que surgirem na sociedade.

A função típica de cada Poder, portanto, é a de executar, legislar e julgar, e refere-se respectivamente ao Poder Executivo, Poder Legislativo e Judiciário. Porém, de modo atípico, esses Poderes podem exercer funções que são típicas de outro. Quando o Poder Judiciário edita normas e regimentos internos ele está legislando, exercendo assim uma função atípica. Isso ocorre também com relação aos demais Poderes.

Conforme ensina o Professor Michel Temer (2001, p. 121):

O mesmo ocorre com o Judiciário. Legisla, ao editar seus regimentos internos (art. 96, I, “a”, e administra ao organizar seus serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei, bem como ap conceder licenças e férias aos magistrados e serventuários que lhes forem imediatamente vinculados (art. 96, I, “b” e “f”).

À função típica exercida pelo Poder Judiciário dá-se o nome de função jurisdicional.

Segundo ensinamentos do Professor Arruda Alvim apud Diniz (2003, p. 573):

Função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida, mediante processo

regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes.

6.1 Jurisdição

Jurisdição é uma das funções do Estado e é exercida pelo Poder Judiciário que mantém o monopólio da prestação jurisdicional.

Segundo os Professores Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 131), jurisdição é:

[...] uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo...

A jurisdição é poder, pois emana do poder estatal que tem a capacidade de decidir e de impor suas decisões. Ela é também função, vez que tem como objetivo impor decisões, e ainda, é atividade, pois compreende os atos do juiz no processo, exercendo o poder e fazendo cumprir o que a lei prescreve.

O que distingue essa função jurisdicional das demais funções do Estado, ou seja, das funções legislativa e administrativa é justamente esse caráter pacificador que é exercido pelo Estado.

O Estado assumiu o exercício da jurisdição a partir do momento em que a autotutela foi proibida, tendo então reservado para si o exercício da função jurisdicional, cabendo-lhe a solução de conflitos e controvérsias que surgem dentro de toda sociedade.

O objetivo do Estado trazendo para si o poder de solucionar conflitos foi assegurar a paz jurídica, aplicando para isso, a lei que regula as relações jurídicas ao caso concreto.

A jurisdição tem como características a definitividade e o emprego da força institucional do Estado. Segundo o Professor Michel Temer (2001, p.168-169), a definitividade está contida no preceito da Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXV, que garante que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder*

Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Por força desse dispositivo, as soluções de conflitos, pela Administração, não são definitivas, por mais capazes que sejam os seus tribunais, podendo as partes recorrer ao Poder Judiciário quando não estiverem satisfeitas com o resultado obtido.

Outra característica da jurisdição é o emprego da força, ou seja, somente o Judiciário tem competência para compelir o particular a fazer ou deixar de fazer algo, não cabendo aos outros Poderes, verificando a inexistência de direito que ampare duas pretensões, impor ao particular qualquer obrigação.

A jurisdição tem ainda caráter substitutivo, isto é, o Estado substitui a vontade das pessoas envolvidas em um conflito trazido à apreciação do Judiciário. As partes não podem dizer quem está com a razão. Não pode também, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão, invadir a esfera judicial alheia para satisfazer-se. Somente o Estado pode substituir a vontade das partes quando do surgimento de um conflito.

Outra característica da jurisdição é a lide. Para que o Estado possa atuar é preciso que exista um conflito de interesses e que esse conflito seja levado ao conhecimento do Juiz, pedindo-lhe uma solução.

Os órgãos jurisdicionais são inertes, isto é, a inércia é outra característica da jurisdição, o que significa dizer que o Estado somente interferirá no conflito se for provocado pelas partes. O próprio interessado deve provocar o Estado-Juiz para que este exerça a jurisdição.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, inciso XXXVI que *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*. Coisa julgada é a da imutabilidade da sentença, e por isso, as partes não podem propor outra ação sobre os mesmos fatos ou agir de modo diferente daquele preceituado na sentença. Os juízes também não podem voltar a decidir a respeito e nem o legislador pode emitir preceitos que sejam contrários para as partes que já tiveram um julgamento definitivo.

A jurisdição é exercida pelo juiz, que tem sua atividade complementada pelos órgãos auxiliares da Justiça. São atividades do Estado exercidas por

peças físicas que não agem em nome próprio, e por isso, a lei exige a imparcialidade de seus agentes.

Importante também é fazer uma distinção entre legislação e jurisdição. A jurisdição tem por objetivo pacificar situações de conflitos apresentadas ao Estado-Juiz, fazendo justiça ao caso concreto, enquanto que através da legislação o Estado estabelece normas para reger as mais variadas relações.

Alguns princípios fundamentais informam a jurisdição: o princípio da investidura que diz que a jurisdição somente pode ser exercida por quem esteja regularmente investido na autoridade de juiz. O princípio da aderência ao território que limita o juiz a exercer a jurisdição nos limites de seu território. Outro princípio é o da indelegabilidade que veda a qualquer dos Poderes delegarem atribuições. Tem-se ainda o princípio da inevitabilidade que impõe às partes aceitarem os resultados do processo. O princípio da inafastabilidade garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, e, por fim, o princípio do juiz natural que assegura que ninguém pode ser privado de julgamento por juiz independente e imparcial.

A doutrina apresenta uma distinção entre jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa. Segundo o Prof. Humberto Teodoro Junior (2003, p. 35), jurisdição contenciosa é aquela onde o Estado desempenha sua função pacificadora para compor os litígios, pressupondo-se uma controvérsia entre as partes, enquanto que a jurisdição voluntária é aquela em que o juiz apenas realiza gestão pública em torno de interesses privados.

6.2 Poder Judiciário

A Constituição Brasileira em seu art. 2^o¹³ estabelece a separação de poderes. Essa divisão do exercício do poder de Estado em diversos órgãos funciona como um sistema de freios e contrafreios que visa tornar difícil o arbítrio e fazer prosperar a liberdade individual.

¹³ Art. 2º - São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O Poder Judiciário não exerce função política, mas ocupa um lugar de destaque, uma vez que preza pelas liberdades e direitos individuais e sociais, constituindo-se como principal garantia a esses direitos.

Ocupa o lugar de terceiro poder, garantindo-lhe a Constituição, entre os direitos e garantias, o princípio da inafastabilidade da apreciação judiciária.

Os direitos e garantias fundamentais do cidadão são garantidos pela Constituição Federal de forma abstrata e quando são violados ou colocados em dúvida e perante o Poder Judiciário, através de seus Tribunais, podem ser corrigidos.

O Poder Judiciário é uno como também é uma a jurisdição, pois apresenta sempre o mesmo conteúdo e a mesma finalidade. A doutrina pátria diz que o Poder Judiciário é nacional, enquanto que seus órgãos são federais ou estaduais.

Na tripartição dos Poderes do Estado, atribuiu-se função não jurisdicional ao Judiciário, bem como funções atípicas aos demais poderes, podendo o Legislativo exercer algum tipo de julgamento e execução e o Executivo legislar.

A Constituição Federal também traz expressamente em seu artigo 92 a relação dos órgãos que compõem o Poder Judiciário.

O Poder Judiciário tem como principal função guardar as liberdades e direitos individuais. Para que ele possa exercer essa função precisa ter preservado a sua independência e imparcialidade que lhe é garantido pela Constituição Federal.

É assegurada ao Poder Judiciário pela Constituição Federal a prerrogativa de auto-governo, isto é, ele tem liberdade de realizar atividades administrativas e normativas de auto-organização e de auto-regulamentação, podendo inclusive, elaborar proposta orçamentária e seus tribunais elegem seus órgãos diretivos e elaboram regimentos internos.

Essa independência sofre limitações no que concerne à sua organização, que depende freqüentemente do Poder Executivo ou do Legislativo, ou de ambos simultaneamente, vez que no Supremo Tribunal Federal e Superior

Tribunal de Justiça a nomeação dos Ministros é de competência do Poder Executivo, com aprovação do Senado Federal.

A organização judiciária dita as regras sobre a constituição dos órgãos encarregados da jurisdição. São regras de administração da justiça e dizem respeito à administração judiciária.

As normas básicas para a organização judiciária estão presentes na Constituição Federal, e embora os Estados tenham competência para legislar sobre sua própria organização, têm que observar sempre as diretrizes dadas pela Carta Magna.

Alguns problemas referentes à administração da justiça podem ser analisados através de alguns grupos que são fundamentais para a organização judiciária: magistratura – é formada pelo conjunto de juízes que fazem parte do Poder Judiciário. A magistratura pode ser federal ou estadual e é organizada em carreira, ou seja, os Juízes são investidos na carreira, por concurso público de provas e títulos, em cargos inferiores, como Juízes Substitutos, podendo ter acesso a cargos mais elevados, de acordo com critérios de antiguidade e merecimento alternados.

O duplo grau de jurisdição visa corrigir eventuais erros cometidos pelos juízes, bem como atender ao inconformismo da parte vencida. Para que isso seja efetivo, é preciso que existam os órgãos superiores e os órgãos inferiores. Na justiça comum, em primeira instância, os julgamentos são realizados por um único juiz monocrático, enquanto que nas instâncias superiores, isso é feito por órgãos colegiados.

A jurisdição é uma só e eminentemente nacional, e não comporta divisões, mas para que todos tenham garantido o acesso à justiça são instituídos organismos distintos que formam a estrutura judiciária brasileira e visam atender grande demanda de ações existentes no país, observando-se para isso, as regras de competência.

São esses organismos: Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral, Justiça Militar, Justiças Estaduais ordinárias e Justiças Militares estaduais.

A doutrina distingue-as em Justiça comum e Justiça especial. A Justiça especial é competente para julgar causas que tenham seu fundamento indicado na Constituição Federal. A competência da Justiça comum é residual, ou seja, aquilo que não for de competência da Justiça especial compete a Justiça comum.

6.3 Ato Administrativo e Ato Jurisdicional

No funcionamento do serviço público judiciário têm-se duas espécies de atos jurídicos, que são: os atos judiciais administrativos e os atos jurisdicionais.

Os atos jurisdicionais são os chamados “atos do juiz” e estão previstos no artigo 162 do Código de Processo Civil¹⁴, que os classifica em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

Os atos judiciais administrativos consistem nos atos de auto-governo praticados pelo Poder Judiciário, como, a nomeação e demissão de funcionários, concessão de férias e de licenças, correições, despachos meramente ordinatórios, atos da jurisdição voluntária, atos de organização judiciária, aplicação de sanções ou prática de atos de polícia administrativa.

Os atos administrativos, com relação à responsabilidade, são regidos pelo regime de responsabilidade da administração pública, pois segundo alguns doutrinadores, o juiz ao praticar o ato de natureza administrativa está agindo como um agente administrativo, e por isso, a responsabilidade do Estado não deve ser diferente daquela que se aplica aos atos da Administração Pública.

6.4 Poderes e Deveres Jurisdicionais

A jurisdição é poder nacional e função do Estado. O poder é uno e indivisível e a jurisdição somente é uma das faces do poder estatal. O poder é a

¹⁴ Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa;

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

capacidade de decidir imperativamente e de impor decisões. A imperatividade é inerente ao poder do Estado, sendo inevitável, pois se o Estado tem capacidade de impor suas decisões o submetido tem que aceitar esse poder.

O juiz interpreta a lei e não cria o direito. É permitido ao juiz aplicar a lei, interpretando-a, eis que ele possui poder político de harmonizar as partes e solucionar os conflitos da sociedade.

O Juiz dispõe ainda do poder jurisdicional e do poder de polícia. O primeiro está intimamente ligado ao segundo, e é através deste, que o Juiz exerce com autoridade e eficiência aquele.

A Constituição Federal traz ainda os deveres a serem cumpridos pelo Juiz, como a celeridade no exercício da jurisdição, e também, a segurança, firmeza e confiabilidade no ato de decidir.

O Magistrado tem ainda, o dever de residir na Comarca onde é titular, para que possa atuar de forma mais efetiva na prática dos atos jurisdicionais.

Conforme lição do Professor José Renato Nalini (2000, p. 118):

Poder-se-ia resumir o quadro de *demais deveres do juiz*, afirmando-se que o verdadeiramente vocacionado é o juiz cuja consciência se vê continuamente chamada a repensar suas posturas e o seu empenho no cumprimento de sua missão. Juiz intranquilo, que não poderá haver juiz satisfeito no mundo enquanto este abrigar qualquer parcela de injustiça.

Como dever jurisdicional tem-se ainda, a postura processual, onde o juiz como agente capaz de realizar a justiça em sua plenitude, com o fim de harmonizar conflitos, deve analisar com atenção a petição inicial, solucionando prontamente a matéria preliminar existente, observando os prazos e as formalidades essenciais.

Dentre os deveres do Magistrado estão a pronta entrega da prestação jurisdicional, não podendo exceder os prazos injustificadamente. O atendimento a qualquer hora, quando tratar-se de providência urgente. O Juiz tem o dever de fundamentar suas decisões e se dedicar de forma plena à Magistratura.

§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

6.5 Fatores que levam à demora da Prestação da Tutela Jurisdicional

A legislação em vigor não é o maior obstáculo pela demora da prestação da tutela jurisdicional. Existem fatores que determinam a morosidade do Poder Judiciário, a saber:

Alguns fatores ligados à ordem institucional levam a uma ineficiência da justiça, ocasionados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, que não atribuem maior operacionalidade à norma processual. Não há observância do princípio da isonomia processual, pois os procedimentos especiais beneficiam somente as classes mais privilegiadas. Isso tudo acarreta a demora na prestação da tutela jurisdicional.

Sobre esse tema ensina a Professora Heliana Coutinho Hess (2004, p. 36):

No Brasil, a conflituosidade social tem sido marcada pelo esgarçamento do tecido social, pela desigualdade, má distribuição de renda, baixa escolaridade e falta de políticas públicas descentralizadas nos Estados e Municípios, com o conseqüente empobrecimento da população e a dificuldade de acesso à justiça.

As pessoas de baixa renda e pouca escolaridade não conhecem seus direitos e não têm condições de arcar com as custas processuais e com honorários de advogado para ingressarem no Poder Judiciário. Os Direitos da cidadania exigem que o acesso ao Poder Judiciário seja igual para todos. Por isso, cabe ao juiz distinguir a idéia de desigualdade real e buscar a *consonância com o postulado da justiça concreta, não simplesmente da justiça forma*.

Outros fatores observados são os técnicos e objetivos, que levam a um desprestígio do Poder Judiciário ocasionados pela insuficiente prestação jurisdicional. Esses fatores acarretam o desinteresse pela carreira da magistratura devido à defasagem dos vencimentos, levando ao caos o sistema processual. Há também uma desvalorização das decisões de primeiro grau decorrentes de sua recorribilidade. Devido ao acúmulo de serviço, os juizes não têm tempo hábil para uma atualização. Além disso, não se observa os prazos e em muitos casos, existe uma má vontade na realização de atos previstos na legislação.

Existem ainda, certos fatores derivados na insuficiência material, devido à falta de pessoal qualificado para exercer as funções auxiliares. As instalações do Judiciário estão em precárias condições, onde se vê imensas filas buscando

atendimento junto à assistência judiciária. Os juízes trabalham em condições desfavoráveis, com enorme quantidade de processos a serem apreciados e julgados. A dependência financeira é outro fator material que prejudica a prestação jurisdicional, pois impede que sejam realizadas as melhorias necessárias para um bom funcionamento do Poder Judiciário.

Veja o posicionamento da Professora Heliana Hess (2004, p. 37):

Analisa a socióloga Maria Tereza Sadek que pequena parcela da população, média e alta, se utiliza do Judiciário para a defesa de seus direitos civis; enquanto a maior parte da população pobre desconhece como defender seus direitos, a não ser quando é ré ou vítima em processo criminal. Além disso, o Poder Judiciário não sofreu reformas ou melhoria em seus quadros e estrutura organizacional para atender a crescente demanda da população, do volume de processos e aumento no rol de direitos e garantias processuais nas novas leis e Constituição.

Podem ser citados ainda, outros motivos que levam à morosidade da justiça: a insuficiência de juízes e serventuários da justiça, a quantidade insuficiente de varas nas comarcas do interior, os privilégios processuais do Estado, o número excessivo de recursos previsto na legislação processual e a falta de recursos financeiros.

Sobre as causas da morosidade da Justiça o Professor Francisco Fernandes de Araújo (1999, p. 83), conclui que:

[...] as causas principais da morosidade da justiça, sem considerarmos a sua ordem de importância, dizem respeito a:

- A) Causas imediatas ou diretas:
 - I) excesso de serviço;
 - II) insuficiência de juízes e pessoal auxiliar;
 - III) equipamentos e estruturas físicas inadequadas;
- B) Causas mediatas ou indiretas:
 - a) despreparo dos magistrados e demais operadores do direito;
 - b) abuso e negligência das cúpulas administrativas;
 - c) ensino jurídico deficiente para formação dos magistrados;
 - d) legislação processual complexa e inadequada;
 - e) ausência de uma política judiciária nacional;
 - f) fatores de natureza histórico-cultural;
 - g) ausência de interesse do governo.

O Estado também tem grande parcela de responsabilidade pela morosidade da Justiça, pois reduz os orçamentos, não repassa as verbas devidas, e a edição e reedição de Medidas Provisórias gera muitas demandas, tornando-se um grande usuário do Judiciário.

Todos esses fatores apresentados não podem, contudo, serem utilizados para excluir a responsabilidade do Estado, uma vez que, tendo avocado para si o monopólio da prestação jurisdicional, deve usar de todos os meios para superar essas dificuldades, aparelhando-se para o desempenho dessa função.

6.6 Conseqüências da demora

Segundo o Professor Jorge de Oliveira Vargas (2001, p. 59), essa preocupação com a demora na prestação da tutela jurisdicional e de ter uma resposta do Poder Judiciário em prazo razoável está consagrado desde 1215, na chamada “Grande Carta do Rei John”.

A excessiva demora na prestação da tutela jurisdicional traz uma série de conseqüências, como a agonizante espera daqueles que precisa de uma decisão por parte do Judiciário, prejudicando e diminuindo o valor do princípio do acesso à justiça. Devido a isso, muitos preferem não solucionar seus conflitos, ou fazê-lo por seus próprios meios, a ter que recorrer à Justiça. Essa demora fere substancialmente o princípio do devido processo legal.

A demora da entrega da prestação jurisdicional é um obstáculo ao ingresso em juízo. A Constituição Federal excluiu toda forma de obstáculo à busca do Poder Judiciário, garantindo a todos o exercício de seus direitos individuais e coletivos.

Uma justiça morosa provoca danos de ordem econômica, sendo um grande mal social, favorecendo a especulação e a insolvência. Acentua a discriminação entre aqueles que têm poder econômico maior, podendo esperar pela resposta da tutela solicitada e aqueles que têm tudo a perder com essa espera. É também um instrumento de ameaça e pressão, que agrava a desigualdade entre as partes. É fonte de injustiça social.

Outra consequência dessa demora, é que muitos jurisdicionados procuram em outros lugares e de outras formas a satisfação de seus direitos subjetivos, ou até mesmo renunciam a estes. Essa busca de formas alternativas, muitas vezes é ilegal.

A Constituição Federal traz entre seus fundamentos o respeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana, não permitindo qualquer afronta a esses princípios. Essa demora ocasionada pelo Poder Público é uma afronta a esse Princípio Constitucional.

Por todas essas consequências acima destacadas, não totalmente esgotadas, concluiu-se que o Estado deve ser responsabilizado pelos danos causados pela demora injustificada no exercício da prestação da tutela jurisdicional, por violação ao princípio constitucional de acesso à justiça.

7 A REFORMA DO JUDICIÁRIO COMO FORMA DE AGILIZAR A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O Professor Francisco Fernandes de Araújo (1999, p. 99), sustenta a necessidade de medidas urgentes para solucionar essa problemática, sugerindo que haja *a responsabilização objetiva do Estado pela morosidade da justiça e a implantação de medidas eficientes para o aperfeiçoamento da qualidade funcional dos operadores de direito em geral, e dos magistrados em particular.*

O art. 5º da Constituição Federal¹⁵ assegura a todos que buscam a tutela jurisdicional ou administrativa um prazo razoável para a duração do processo através de meios que garantam a rapidez de sua tramitação.

Essa garantia constitucional deve ser prestada acima de outras exigências legais, não podendo esse direito ser retirado do cidadão através de Emenda Constitucional.

Visando dar celeridade e eficiência ao Poder Judiciário, foi promulgada a Emenda Constitucional nº. 45 que alterou dispositivos de vários artigos da Constituição Federal. É a chamada Reforma do Judiciário.

Para alguns, a reforma resolverá os problemas do Judiciário, enquanto que para outros, é preciso que haja uma reforma também das leis processuais, simplificando os procedimentos e diminuindo os recursos. Para isso, o art. 7º¹⁶ da Emenda Constitucional nº 45 prevê a instalação de comissão especial mista com essa finalidade.

Dentre as modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45, destaca-se as Súmulas Vinculantes para as decisões do Supremo Tribunal Federal e a criação do Conselho Nacional da Justiça (CNJ) e das Cortes Itinerantes.

¹⁵ 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.”

¹⁶ Art. 7º - O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

As Súmulas Vinculantes terão aplicabilidade em ações repetitivas que tenham as mesmas características, e devem versar sobre matérias com decisões reiteradas pelo Supremo Tribunal Federal e que tenham sido aprovadas por 2/3 de seus Ministros.

As decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade terão eficácia para todos e efeito vinculante para os órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, em todos os âmbitos.

Visando qualificar a magistratura, a Emenda Constitucional nº 45, modificou o art. 93 da Carta Magna, determinando a criação, através de lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, do Estatuto da Magistratura, que exige três anos de atividade jurídica para ingresso na carreira de juiz. Criou também, a Escola Nacional de Magistratura, coordenada pelo Superior Tribunal de Justiça, que preparará aqueles que ingressarem na carreira, através de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção dos magistrados.

Para tornar efetivo o constante no Art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, prestando a tutela jurisdicional em prazo razoável e com celeridade, outra novidade trazida pela Reforma refere-se ao número de juízes que deverá ser proporcional à efetiva demanda e à respectiva população (Art. 93, XIII)¹⁷. A distribuição dos processos será imediata ao Judiciário (Art. 93, XV)¹⁸, como também ao Ministério Público (Art. 129, § 5º)¹⁹.

Outra determinação trazida pela Reforma do Judiciário determina que o Juiz titular deve residir na Comarca onde atua. Essa determinação visa impedir que a ausência do Juiz traga uma inadequada prestação jurisdicional em casos de emergência.

Todas as decisões judiciais e administrativas deverão ser fundamentadas e públicas, podendo haver limitação imposta pela lei, para preservar a intimidade do

¹⁷ Art. 93 – XIII – o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população.

¹⁸ Art. 93 – XV – a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

¹⁹ Art. 129, § 5º - A distribuição de processos no Ministério Público será imediata.

interessado, desde que o sigilo não prejudique o interesse público (Art. 93, IX e X)²⁰.

A promoção dos magistrados far-se-á por merecimento, em razão de seu desempenho, observando-se a produtividade e presteza no exercício da jurisdição e freqüência e aproveitamento nos cursos de aperfeiçoamento (Art. 93, II, “c”)²¹.

O magistrado que retiver os autos em seu poder além do prazo legal, sem justificar os motivos ou razões que impediram que o processo prosseguisse normalmente, não será promovido, estando proibido de devolvê-los ao Cartório sem o devido despacho ou decisão (Art. 93, II, “e”)²².

Os atos da administração e atos de mero expediente, sem carga decisória, poderão ser delegados aos servidores, tendo em vista o princípio da celeridade processual.

As custas judiciais e emolumentos recolhidos pelas partes serão destinados exclusivamente para o pagamento de serviços relativos as atividades específicas da Justiça. O Poder Judiciário terá autonomia administrativa e financeira.

A Emenda Constitucional nº 45 criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com competência para receber e conhecer reclamações contra órgãos do Poder Judiciário, contra seus serviços e auxiliares e cartórios notariais e de registro, podendo avocar processos disciplinares e aplicar sanções administrativas, sempre preservando o princípio da ampla defesa.

No âmbito da Justiça Federal, houve a descentralização dessa Justiça, com a instalação dos Tribunais Regionais Federais itinerantes, que realização audiências e demais atividades jurisdicionais. Há também, a previsão de

²⁰ Art. 93 – IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

²¹ Art. 93, II, “c” – aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela freqüência em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento.

²² Art. 93, II, “e” – não será promovido o juiz quem injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.

funcionamento dos Tribunais Regionais Federais de maneira descentralizada, assegurando o acesso à justiça a todos e em todas as fases do processo.

Com relação à Justiça Estadual, os Tribunais de Justiça, mediante lei estadual, poderão criar a Justiça Militar Estadual.

O Tribunal de Justiça poderá constituir Câmaras regionais, descentralizando os serviços e instalando de justiça itinerante, com a realização de audiências e demais atividades jurisdicionais.

Poderá também o Tribunal de Justiça criar varas especializadas em questões agrárias e sempre que entender necessário para uma eficiente prestação jurisdicional, o juiz comparecerá ao local do litígio.

8 CONCLUSÃO

O artigo 107 da Carta Magna preconiza a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público quando seus funcionários, ou outros nessa qualidade causarem danos a terceiros.

A tutela jurisdicional tem por finalidade garantir o cumprimento do direito objetivo material, que estabelece prazos que o juiz obrigatoriamente deve cumprir, como os constantes nos artigos 280 e 281 do CPC, que tratam do prazo para que a sentença seja prolatada e para a intimação no processo sumaríssimo, artigo 261, também do CPC, que traz o prazo para que o juiz decida sobre a impugnação do valor da causa e muitos outros mais, constantes no referido Código.

A Constituição Federal traz como garantia individual implícita a prestação jurisdicional dentro dos prazos fixados pela legislação ordinária, que devem ser suportados por quem os fez, isto é, pelo próprio Estado, tendo em vista o Princípio da Legalidade, o que se torna inconciliável com o sistema, quando há o descumprimento do direito positivado e não há a responsabilização.

Outra garantia trazida expressamente pela Constituição Federal é o acesso à justiça, garantindo a todos o acesso aos órgãos do Poder Judiciário e principalmente a uma ordem jurídica justa e direitos fundamentais, que efetivamente dêem aos jurisdicionados uma jurisdição com meios processuais eficientes, com respeito às regras do devido processo legal e o direito ao contraditório e ampla defesa, visando sempre uma solução justa.

O serviço público é destinado ao bem comum dos cidadãos, e sendo assim, deve ser perfeito, sem falhas, para que a coletividade se beneficie com seu mais alto grau de funcionamento.

Havendo demora na prestação jurisdicional, o serviço público torna-se imperfeito, acarretando prejuízos, tanto de ordem moral e psicológica, como material aos seus destinatários. Havendo a constatação do dano devido a demora na prestação da tutela jurisdicional, haverá a responsabilidade do Estado, independentemente de conduta culposa do agente público.

Hoje, a sociedade não suporta mais a morosidade da justiça. Exige-se uma posição firme do Estado para solucionar esse problema de prestação da tutela jurisdicional. E, não restando alternativa, o cidadão volta-se contra o Estado e exige a reparação civil do dano, como forma de pressão contra a justiça que permanece emperrada e desvirtuada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Francisco Fernandes. **Responsabilidade Objetiva do Estado pela Morosidade da Justiça**. Campinas: Copola Editora, 1999.

ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

BAZHUNI, Marco Antônio. **Da Responsabilidade Civil do Estado em Decorrente de Sua Atividade Administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1998.

BRASIL, **Código Civil**. Organizador dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali, 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Organizador dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali, 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2001.

CAPPELETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro Responsabilidade Civil**. v. 7, 17. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, **Responsabilidade Civil do Estado-Juiz – Doutrina e Jurisprudência**. Curitiba: Juruá Editora, 1995.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GUÍMARO JÚNIOR, Orlando. **Responsabilidade Civil. Noções Basilares e Evolução Histórica**. Disponível em <<http://www>>Acessado em: 29 de janeiro de 2005.

HESS, Heliana Coutinho. **Acesso à Justiça por Reformas Judiciais**. Campinas: Millennium Editora, 2004.

MACHADO, Agapito. **A nova reforma do Poder Judiciário: EC nº 45/04. Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 600, 28 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6378>>. Acesso em: 08 out. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999.

NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1995.

OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de Oliveira. **Entidades Prestadoras de Serviços Públicos e Responsabilidade Extracontratual**. São Paulo: Editora Atlas S/A., 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RULLI JÚNIOR, Antônio. **Universalidade da Jurisdição**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

SAAD, Renan Miguel. **O Ato Ilícito e a Responsabilidade Civil do Estado. Doutrina e Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1994.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro Sampaio. **Direito Civil Responsabilidade Civil – Fundamentos Jurídicos**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2002.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais**. Curitiba: Juruá Editora, 1996.

SOARES, Orlando Estevão da Costa. **Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **Responsabilidade Civil do Estado Pela Demora na Prestação da Tutela Jurisdicional**. Curitiba: Editora Juruá, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A., 2003.