

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

CAIO FREDERICO FONSECA MARTINEZ PEREZ

**PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA, EFETIVIDADE DA
TUTELA JURISDICIONAL E RESPONSABILIDADE DO ESTADO-JUIZ**

FRANCA

2011

CAIO FREDERICO FONSECA MARTINEZ PEREZ

**PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA, EFETIVIDADE DA
TUTELA JURISDICCIONAL E RESPONSABILIDADE DO ESTADO-JUIZ**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Élcio Trujillo

FRANCA

2011

Perez, Caio Frederico Fonseca Martinez

Princípio constitucional da eficiência, efetividade da tutela jurisdicional e responsabilidade do Estado-juiz / Caio Frederico Fonseca Martinez Perez. - Franca: [s.n.], 2011
112 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.
Orientador : Élcio Trujillo

1. Direito civil – Responsabilidade patrimonial – Estado.
2. Tutela jurisdicional. 3. Serviço público – Responsabilidade estatal. I. Título.

CDD – 342.151

CAIO FREDERICO FONSECA MARTINEZ PEREZ

**PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA, EFETIVIDADE DA
TUTELA JURISDICIONAL E RESPONSABILIDADE DO ESTADO-JUIZ**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Prof. Dr. Élcio Trujillo

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, _____ de _____ de 2011.

DEDICO

Não poderia dedicar esta obra senão à minha mãe Lucia e ao meu pai Augusto, os gigantes sobre cujos ombros fui trazido.

Dedico-a, também, a minha esposa Alessandra ("*Lika*"), que como namorada, noiva e esposa acompanhou o desenrolar desta monografia.

AGRADECIMENTOS

Ao estimado professor Élcio Trujillo pelos conselhos e orientação segura na elaboração deste trabalho.

Aos dedicados professores do programa de Pós-Graduação desta Universidade: Alexandre Walmott Borges, Alfredo José dos Santos, Antônio Alberto Machado, Carlos Eduardo de Abreu Boucault, Elisabete Maniglia, José Carlos de Oliveira, José Carlos Garcia de Freitas, Luiz Antonio Soares Hentz, Paulo Roberto Colombo Arnoldi, Roberto Brocanelli Corona e Yvete Flávio da Costa e ao professor Patrick Chastenet, da Université Montesquieu Bordeaux IV (França), pelas inestimáveis lições no transcorrer desta jornada.

À Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Paulista "Júlio de Mesquita Filho" pela notória excelência acadêmica.

Aos diligentes funcionários da Secretaria de Pós-Graduação desta Faculdade, especialmente Ícaro Henrique Ramos e Máisa Helena de Araújo.

À bibliotecária Laura Odette Dorta Jardim e à professora Maria Virgínia de Figueiredo Pereira do Couto Rosa pela adequação da dissertação às normas técnicas pertinentes.

Ao meu irmão Augusto (Guto) e à minha irmã Ana Carolina, pelo generoso incentivo.

Por fim, aos colegas de mestrado, amizades verdadeiras em todos os momentos.

PEREZ, Caio Frederico Fonseca Martinez. **Princípio constitucional da eficiência, efetividade da tutela jurisdicional e responsabilidade do Estado-juiz**. 2011. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

RESUMO

A presente dissertação discorre sobre a responsabilidade do Estado-juiz, com especial atenção à concretização da decisão judicial, uma vez que o Estado Democrático de Direito deve materializar as promessas erigidas no texto constitucional, dentre elas a inafastabilidade da jurisdição e a efetivação de direitos fundamentais. Da mesma forma, é importante visualizar o poder judiciário como prestador de serviço público essencial à democracia e ao implemento das garantias dos cidadãos. Entende-se que é possível a responsabilização do Estado quando não presta este serviço de justiça com a eficiência necessária, sob a teoria da *faute du service*, feitas algumas considerações: eficiência do serviço público se o resultado não se realiza, o estado é responsável.

Palavras-chave: responsabilidade patrimonial. atos judiciais. eficiência. efetividade de tutela. contencioso. serviço público.

PEREZ, Caio Frederico Fonseca Martinez. **Princípio constitucional da eficiência, efetividade da tutela jurisdicional e responsabilidade do Estado-juiz**. 2011. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

ABSTRACT

This work discusses the responsibility of the Judiciary-State, specially towards the deliverance of the judicial provision, once the Democratic State ruled under Law must make the promises erected in the Constitutional text come true, including the unremovability of jurisdiction and enforcement of fundamental rights. Similarly, it is important to look at the judiciary branch as a provider of essential public service to democracy as well as an implementer of the guarantees of citizens. It is understood that accountability is possible when the State does not provides this justice service adequately, under the *faute du service* theory, with some special considerations.

Keywords: financial liability. judiciary acts. efficiency. effectiveness of judicial protection. litigation. public service.

PEREZ, Caio Frederico Fonseca Martinez. **Princípio constitucional da eficiência, efetividade da tutela jurisdicional e responsabilidade do Estado-juiz**. 2011. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

RIASSUNTO

La presente monografia parla sulla responsabilità dello Stato-Giudice con attenzione speciale alla concretizzazione della decisione giudiziale, una volta che lo Stato Democratico di Diritto deve materializzare le promesse dette nel testo costituzionale, tra cui la non rimovibilità della giurisdizione e la concretizzazione dei diritti fondamentali. Allo stesso modo, è importante visualizzare il potere giudiziario come provveditore di servizi pubblici essenziale alla democrazia e all'attuazione delle garanzie dei cittadini. Si capisce che sia possibile la responsabilità dello Stato quanto non fa questo servizio di giustizia adeguatamente, sulla teoria della *faute du service*, con qualche osservazione.

Parole chiavi: responsabilità finanziaria. azioni giudiziarie. efficienza. efficacia della protezione giudiziaria. contenzioso. servizio pubblico.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1	
PODER E SEPARAÇÃO DE PODERES	13
1.1 Diferença entre Poder e Autoridade	14
1.2 A Releitura do Princípio de “Separação de Poderes” na Obra de Montesquieu: “O Espírito das Leis”	16
CAPÍTULO 2	
A NATUREZA DA ATIVIDADE JUDICIAL COMO SERVIÇO PÚBLICO	20
2.1 Serviço Público	21
2.2 Jurisdição	23
2.3 Atividade Judicial não Jurisdicional	26
2.4 Efeitos da Jurisdição	28
2.5 Funcionamento Anormal	29
CAPÍTULO 3	
O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL	34
3.1 Eficiência, Eficácia e Efetividade.....	35
3.2 Processo de Resultados.....	41
3.3 Duração Razoável do Processo	46
3.4 Procedimentos-Padrão ou <i>Standardization</i>	50
3.5 Necessário Aparelhamento Estatal	52
3.6 Reserva do Possível	53
CAPÍTULO 4	
RESPONSABILIDADE DO ESTADO-JUIZ	57
4.1 Responsabilidade do Estado	58
4.2 Escorço Histórico	59
4.2.1 <i>Espécies de Responsabilidade Estatal</i>	59

4.2.1.1 Irresponsabilidade ou teoria regaliana.....	59
4.2.1.2 Teorias civilísticas.....	60
4.2.1.2.1 Teoria dos atos de império e atos de gestão (com culpa civilística)	60
4.2.1.2.2 Teoria da culpa civil.....	61
4.2.1.3 Teorias publicísticas	62
4.2.1.3.1 Teoria da culpa administrativa	63
4.2.1.3.2 Teoria do risco administrativo	65
4.2.1.3.3 Teoria do risco integral	66
4.3 Histórico Constitucional no Brasil.....	67
4.4 Elementos da Responsabilidade.....	70
4.4.1 O Dano.....	70
4.4.2 O Nexo de Causalidade.....	72
4.4.2.1 Causas excludentes e atenuantes	72
4.4.3 Antijuridicidade (ou Ilícitude)	74
4.4.4 Fator de atribuição	74
4.5 Responsabilidade Estatal por Ato Judiciário	76
4.5.1 Faute du Service	80
4.5.2 O Risco na Prestação Jurisdicional e a Faute du Service	82
4.5.3 O Regime de Responsabilização na Constituição.....	84
4.5.4 Responsabilidade por Atos do Judiciário	87
4.5.4.1 Responsabilidade do Estado por um agir “delituoso” do magistrado	89
4.5.5 Responsabilização por Ato Judicial Típico	92
4.5.5.1 Responsabilidade pessoal dos servidores públicos	93
4.5.5.2 Responsabilidade pessoal do magistrado.....	95
4.5.5.2.1 Dolo e culpa grave do magistrado	96
4.5.6 Denúnciação da Lide - Responsabilidade do Estado e Direito Regressivo Contra o Funcionário Causador do Dano.....	98
4.5.6.1 Regresso – poder-dever da Administração	100
CONCLUSÕES.....	102
REFERÊNCIAS.....	105

INTRODUÇÃO

É inegável o crescimento de demandas na esfera judicial, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988¹. Os recursos tecnológicos, próprios deste tempo em que se espera do Estado serviços prestados de forma eficiente e num prazo razoável, nem sempre têm sido adequadamente utilizados pelo sistema judicial brasileiro.

O ordenamento processual é pródigo em formalismos que o mais das vezes servem apenas para postergar a apreciação do direito material debatido. Parcela significativa das demandas se eterniza nos escaninhos da justiça, graças às questões meramente processuais, reiteradamente levantadas pelas partes. Com isto, o bem da vida postulado fica em segundo plano.

A cultura da forma, em detrimento da essência, acaba por fazer do comando constitucional que garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, “[...] a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (CF, art. 5º, LXXVIII) autêntica promessa não cumprida.

A adequada interpretação dos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, de caráter explícito ou implícito, aqui incluídos os atos de jurisdição, permite visualizar o ramo judicial não tanto como um Poder estanque e compartimentado, mas sim como um serviço público próprio do Estado. Assim, os agentes políticos que o integram são prestadores de serviços públicos, sujeitos àqueles princípios, ainda que disponham de um estatuto próprio.

O acesso à justiça, relembra-se, é direito subjetivo de toda e qualquer pessoa, consubstanciando-se em autêntica garantia fundamental ao cidadão. Sequer lei poderia afastar a responsabilidade jurisdicional do Estado (CF, art. 5º, XXXV). Portanto, a prestação do serviço Judiciário deve ser esmerada, efetiva e eficaz, assegurando a todos a fruição do Estado democrático de direito, livre, justo e solidário (CF, Art. 3º, I)

Este panorama estabelece o contexto para análise de questões envolvendo a responsabilidade pública do Estado pelo inadequado funcionamento dos serviços judiciais, quer quando se mostra moroso na solução das demandas, quer quando não se reveste de efetividade, quer quando, de qualquer modo, por regime próprio de responsabilização, cause danos de natureza material e/ou moral aos cidadãos.

¹ VADE Mecum Saraiva. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 10 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

Todas essas considerações servirão de base para se entender não apenas a necessidade da boa prestação jurisdicional (imparcial e eficaz²), mas também a efetiva e tempestiva concretização desta *juris dictio*.

² TOHARIA, José Juan. ¿Qué esperan los ciudadanos de la justicia? In: GARCÍA GARCÍA, María Ángeles et al. **Poder judicial y servicio público**. Madrid: Lerko Print, 2007. p. 36. (Estudios de derecho judicial, 109).

CAPÍTULO 1

PODER E SEPARAÇÃO DE PODERES

1.1 Diferença entre Poder e Autoridade

A responsabilidade do Estado pelo funcionamento anormal do serviço judiciário pressupõe repetir a idéia de “poder”, “soberania”, “serviço público” e institutos correlatos. Na discussão do tema, há que se mencioná-los de modo a se chegar à identificação das falhas no Judiciário, quando exercita atividade típica, à luz do princípio da eficiência, consagrado como fundamental no exercício da administração pública (art. 37, CF/1988).

Do mesmo modo, esses mesmos institutos têm a ver com a efetividade da tutela jurisdicional, não obstante não ter sido expressamente consagrada como princípio constitucional, a exemplo do que fez o constituinte espanhol ao proclamar que “*1. todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*” (Artículo 24, *Constitucion Española de 1978*).³

Tem-se por *poder* a “[...] capacidade de gerar obediência, consentida (fala-se em um poder legítimo) ou não consentida (fala-se em um poder ilegítimo),”⁴ É o atributo da imperatividade, da coercibilidade essencial ao Direito, de modo a que seja potencialmente aplicável nas relações sociais.⁵ Sem esta, não há possibilidade de aplicação sancionatória coativa sobre o agente faltoso aos deveres impostos pela convivência coletiva, nem a pressão psicológica preventiva que se espera de um ordenamento vinculante.

O exercício de poder está desconectado de outros princípios ou condicionantes abstratos: é bastante que a decisão política ou a aplicação da sanção esteja de acordo com as formalidades consensualmente estabelecidas no pacto social – v.g. a Constituição – para que seja efetivada. “Isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema moral”.⁶

Todavia, esta capacidade de decisão e imposição torna-se mais *efetiva* e mais *eficaz*⁷ quando acompanhada da força *moral* do Órgão prolator. A isto se denomina *autoridade*.

³ ESPAÑA. *Constitucion Española*. Aprobada por las Cortes en Sesiones Plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado Celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada: por el pueblo español en referendum de 6 de diciembre de 1978. **Boletín Oficial del Estado Gaceta de Madrid**, Madrid, 29 dic. 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>>. Acesso em: 2010.

⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 585.

⁵ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 67.

⁶ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 77.

⁷ Cf. Capítulo 3 sobre a diferenciação estabelecida.

Com a palavra, Anselmo Borges⁸:

Mesmo não entrando em tecnicismos, esta distinção que os romanos faziam entre potestas e auctoritas pode ser fundamental, concretamente para os tempos que atravessamos.

Claro: há muitas formas de poder, desde os órgãos de soberania ao poder da moda, e Max Weber, por exemplo, distinguiu vários tipos de poder: legal, carismático, tradicional. Mas, aqui, poderíamos dizer, ainda que simplificando muito, que a potestas - vem de potis, com o significado de senhor de, que exerce o poder sobre - tem a ver com o poder no sentido institucional. Assim, os magistrados têm poder, os presidentes de câmara têm poder, os deputados, os bispos, os ministros, os presidentes de junta de freguesia, os policiais, os pais, os padres, os generais, os professores... têm poder. As sociedades humanas não podem subsistir sem o exercício do poder. Há sempre o poder enquanto domínio para que os grupos possam viver organizadamente e sem violência.

Auctoritas - vem do verbo augere, que significa fazer crescer, aumentar, donde vem também auctor, com o sentido de aquele que faz crescer, aquele que produz e, consequentemente, autor (de uma obra artística ou literária) - significa cumprimento, realização, aquilo que tem autoridade ou constitui prova, o que serve de modelo, e pode ter sentido jurídico, mas, no nosso contexto, tem a ver com excelência pessoal e força intelectual e moral de atracção, de congregação e orientação.

Como visto, pode haver poder sem autoridade, mas não há autoridade sem poder, e quando há autoridade, o exercício do poder se torna mais consensual e menos impositivo. Seguem-se as orientações emanadas dos que exercem a direção política porque, além do fundamento normativo, há a aceitação social daquilo que é determinado, pois quem emite a ordem conta com o respaldo da base que o sustenta. Já o poder exercido sem a autoridade é tirânico, e só se efetiva por meio da coação, com a imposição da força física ou psíquica sobre os dominados. Pode até ter fundamentação legislativa, porém sem qualquer fundamentação ética. Assim, o exercício do poder deve ser realizado segundo estes parâmetros de civilidade e consenso. Se não o é – mas pode sê-lo, lembra-se –, deve-se optar pela mudança.

⁸ BORGES, Anselmo. Potestas e autoctorias. **Diário de Notícias**, Lisboa, 23 jan. 2010. Opinião. Disponível em: <http://dn.sapo.pt/inicio/opinioao/interior.Aspx?content_id1476678>. Acesso: set. 2010.

1.2 A Releitura do Princípio de “Separação de Poderes” na Obra de Montesquieu: “O Espírito das Leis”

A formulação tripartite das funções estatais (legislativa, executiva e judiciária)⁹ pode ter antecedentes identificáveis em Platão, Aristóteles¹⁰ e Locke¹¹, porém, a idéia é geralmente atribuída a Montesquieu.

Na visão do mencionado barão de Montesquieu¹², o Legislativo “[...] [faria] as leis para algum tempo ou para sempre, e [corrigiria] ou [ab-rogaria] as que estão feitas”; o Judiciário “[...] [puniria] os crimes ou [julgaria] as demandas dos particulares”; e o Executivo exerceria a gerência residual estatal, como um executor das leis postas.

De acordo com o mesmo pensador, esta distribuição faria com que limites fossem estabelecidos para impedir o abuso de qualquer um deles. “Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.”¹³

Montesquieu, ao lado de Locke, teoriza a idéia da limitação do poder como garantia da liberdade. Ele busca na experiência britânica os fundamentos para o princípio da separação de poderes que antes havia sido anunciado por John Locke, só que,

[...] apesar de a matriz do dogma liberal da separação de poderes ser a experiência inglesa, a configuração que ele vai assumir, quer na obra de MONTESQUIEU, quer mais tarde nos modelos de organização política saídos das revoluções americana e francesa é muito diferente. Poder-se-ia dizer que tudo se passou como se de um ‘jogo de espelhos’ se tratasse, em que a reflexão da imagem, da experiência britânica para a obra de MONTESQUIEU e da obra de MONTESQUIEU para a revolução americana, primeiro, e revolução francesa, depois, leva à sua progressiva deformação e afastamento do modelo original.¹⁴

⁹ Na própria Lei Maior, em seu artigo 2º, lemos: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (VADE Mecum Saraiva. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 10 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010).

¹⁰ Embora tenha visualizado as três funções de produção de normas gerais, sua aplicação e julgamento em casos de conflitos, concentrava-as todas no órgão soberano. Cf. LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 337; TRUJILLO, Élcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. Leme: LED, 1996. p. 26.

¹¹ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 8.

¹² Ibid., p. 25.

¹³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. (Baron de). **O espírito das leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 165.

¹⁴ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Para um contencioso administrativo dos particulares**: esboço de uma teoria subjectivista do recurso direto de anulação. Coimbra: Almedina, 1989. p. 17.

Vasco Pereira ensina que a Inglaterra desconhece a noção de “Estado”, que tem importância decisiva no sistema francês. A ausência de “Estado” na Inglaterra faz com que os poderes públicos surjam como corpos distintos e, assim, a Coroa e o Parlamento não são elementos de um ente superior, o Estado, mas estão em relação como as partes num contrato. Os tribunais não são “órgãos da Coroa”, mas sim entidades autônomas, expressões do “direito da terra” (*the law of the land*), direito este não codificado, que não decorre da vontade do soberano, mas que é obra do costume e das decisões judiciais.¹⁵

Prossegue o publicista lecionando que no continente europeu a separação de poderes vai ser entendida no quadro da noção de unificação do Estado a partir de Montesquieu.¹⁶

A isso se agrega a idéia de *checks and balances* (freios e contrapesos) trazida pelo sistema de *common law*.¹⁷ Nele, não há interferência, mas sim regulação pontual ente um e outro. Assim, a sanção do chefe do executivo de projeto de lei aprovado pelos representantes do legislativo, em participação em conjunto em determinada ação, é um exemplo.

Conforme sumarizado por Montesquieu: “*Le pouvoir arrête le pouvoir*”.¹⁸

Há também o exercício de funções *atípicas* pelos diferentes “poderes”, como quando o Judiciário concede férias aos magistrados (art. 96, I, f, CF/88), em exercício de função administrativa, ou quando o Legislativo, via Senado, julga o presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I, CF/88), em função judicial.

O Estado se organiza numa estrutura de órgãos e agentes com o fito de cumprir suas atribuições. No contexto desta configuração, exerce as diferentes funções que lhe são inerentes, dividindo as tarefas para que possa cumpri-las de maneira adequada e eficiente, sem se esquecer da raiz comum, do tronco singular de onde provêm suas prerrogativas no exercício de comando e execução.

E por que este conceito é tão importante? Porque o poder é uno e indivisível, emana do povo e em seu nome é exercido, diretamente ou por meio de representantes escolhidos para esse fim.¹⁹

¹⁵ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 17-18.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Mesmo neste sistema, os “poderes” executivo, legislativo e judiciário são chamados de *branches* (literalmente “ramos” ou “galhos de árvore”), o que de fato dá uma ideia melhor do que seriam, isto é, manifestações ramificadas (“poderes”) do poder político uno – o tronco comum.

¹⁸ “[...] o poder freia o poder”, em tradução nossa. Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. (Baron de). **O espírito das leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 165.

¹⁹ “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...] Parágrafo único. *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*” (Art. 1º, parágrafo único, CF/88, grifo nosso).

Nos dizeres de Élcio Trujillo²⁰:

[...] essas funções – executiva, judiciária e legislativa – constituem funções vitais do Estado Moderno e se referem à totalidade dos diferentes atos que podem emanar da atividade estatal.

Os poderes aos quais correspondem, têm na maioria dos Estados, uma estruturação e regulamentação constitucional e compõe, em seu conjunto, o Poder do Estado ou estatal, *uno na sua natureza conceitual*.

É importante esclarecer que no texto da Constituição vê-se o vocábulo *eleito*, o que, *a priori*, não se aplicaria aos magistrados ou membros do Ministério Público, por exemplo. Não é assim, todavia. O modelo apontado pela Constituição é o de representação *lato sensu*, e não apenas propriamente eleitoral *stricto sensu*, vale dizer, mesmos os que exercem função política apartidária são de fato escolhidos nos termos da Lei Fundamental, por meio de concurso público de provas e títulos, para representar o Estado no exercício daquele múnus²¹. Não se deixa de representar a vontade do povo soberano ao se ter uma determinada pessoa para ocupar aquela vaga de deputado, prefeito, auditor ou magistrado, cada qual de acordo com um sistema de escolha próprio.

Assim, os cargos e funções estatais são ocupados por pessoa escolhida pelo voto dos cidadãos ou por seleção realizada especificamente para este fim.

De modo que, na visão de poder unificado, atributo soberano do Estado, repartido tão-somente para a consecução dos fins a que se presta, vê-se que não há mais espaço para uma divisão estanque. Na realidade, todas as formas de manifestação de ingerência do Estado na vida de seus cidadãos – ou mesmo na relação entre entes soberanos –, representam ao final apenas a realização de suas finalidades, de acordo com a ação de seus agentes legitimamente empossados, quando no exercício das funções elencadas.

Com isso,

[...] o conceito jurídico-constitucional de Estado em vez de estar amarrado à ideia de pessoa jurídica deve antes perspectivar-se como ordenação de várias funções constitucionalmente atribuídas aos vários órgãos constitucionais. ‘Repartida’ ou ‘separada’ aparecer-nos-á a *atividade* do Estado e não o *poder* do Estado e a resultante desta divisão não é a existência de vários poderes mas uma diferenciação de funções do Estado.²²

²⁰ TRUJILLO, Élcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. Leme: LED, 1996. p. 29. (grifo nosso).

²¹ A representação não é apenas do povo, mas do próprio ente estatal em si. Veja-se, por exemplo, os senadores, que representam o Estado-membro na federação brasileira, ao passo que os deputados federais representam estas respectivas populações estaduais.

²² BÖCKENFÖRDE, E. W. *Organ, organisation, juristische person* apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 683. (grifo do autor).

Esta diferenciação dá embasamento à classificação do serviço judiciário como serviço público (o que se verá logo em seguida), para logo após demonstrar-se a permeabilidade da imputação de responsabilidade pela sua prestação eficaz.

CAPÍTULO 2

A NATUREZA DA ATIVIDADE JUDICIAL COMO SERVIÇO PÚBLICO

2.1 Serviço Público

Antes que se prossiga na análise proposta, isto é, a concepção da prestação jurisdicional como prestação estatal, é necessário recordar o conceito de Estado e de serviço público.

Para Kelsen¹, o Estado é a corporação (pessoa jurídica) que personifica a comunidade ou a ordem jurídica nacional, orientando o comportamento do homem por lhe ser superior. Na lição de Said Maluf², “[...] o Estado é o executor da soberania nacional.”

Então, sabendo-se que nesta execução de soberania estão as funções estatais (a mais relevante para este trabalho é a jurisdicional), nelas visualizamos a prestação de serviço voltada ao povo que se submete àquele ordenamento. É o “público-alvo” do serviço estatal, ou, mais claramente, o *público* que adjetiva o *serviço* aqui apontado.

E o que seria *serviço público*?

Para Hely Lopes Meirelles³, “*Serviço público* é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.”

Uma outra concepção tem-se em Gaspar Ariño Ortiz⁴, segundo quem o

[...] serviço público é aquela atividade administrativa do Estado ou de outra Administração Pública de prestação positiva, com a qual, mediante um procedimento de Direito público, assegura-se a execução regular e contínua, por organização pública ou delegação, de um serviço técnico indispensável para a vida social.

Na dicção de Francisco Sosa Vagner⁵, “[...] por serviço público há que se entender uma prestação que se realiza pela Administração pública aos cidadãos e que se destina à satisfazer uma necessidade própria da vida em sociedade.”

¹ Kelsen, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 183.

² MALUF, Said. **Teoria geral do Estado**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1991. p.22.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 331. (grifo do autor).

⁴ ORTIZ apud STEFANELLI, Carlos A. R. Serviços públicos. **La Ley**, Buenos Aires, ano 73, n. 31, p. 1-2, feb. 2009. Disponível em: <<http://contents.laley.com.ar/laley/cms/files/1631//diario%2013-2-09.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2011.(tradução nossa). No original: “*Ariño Ortiz manifiesta que ‘servicio público es aquella actividad administrativa del Estado o de otra Administración Pública de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social’.*”

⁵ WAGNER, Francisco Sosa. Poder Judicial, jueces y servicio público. In: GARCÍA GARCÍA, María Ángeles et al. **Poder judicial y servicio público**. Madrid: Lerko Print, 2007. (Estudios de derecho judicial, 109). p. 87. Tradução nossa. No original: “*Por servicio público hay que entender una prestación que se realiza desde una Administración pública a los ciudadanos y que se halla destinada a satisfacer una necesidad propia de la vida en sociedad.*”

Por fim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶ preleciona que serviço público é:

[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

Conforme dito, o exercício desse múnus público pode ser feito diretamente pelo ente estatal ou por particulares especialmente designados para este fim, v.g. por meio de concessão. Por esta possibilidade de concessão do exercício da atividade pública para terceiros particulares, estranhos ao quadro da organização administrativa, muitos pensaram que entrava em declínio a idéia de serviço público.⁷

Mas não era o caso. Após o advento do *welfare state* do pós-guerra (1945) e o abrandamento das doutrinas liberais, o Estado intervém de forma mais contundente na realização dos interesses públicos, ainda que em esferas predominantemente privadas, se fosse o caso de fazer cumprir as missões que a Constituição lhe outorgasse. Em outras palavras, o Estado exerce o seu *poder de polícia*⁸ (atividade jurídica estatal)⁹ quando não concretiza, *de per si*, o interesse que tutela (serviço público propriamente dito ou atividade social do Estado).¹⁰

Veja-se a Constituição Brasileira, em seu artigo 175, *caput*: “[...] incumbe ao Poder Público, na forma da lei, *diretamente ou sob regime de concessão ou permissão*, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Não se estabelece um rol taxativo de serviços públicos. Conforme ensina Hely Lopes Meirelles¹¹, “[...] não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem *serviço público*, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época.”

Com isto pode-se concluir que toda vez que o Estado se atribui determinado serviço que vise à satisfação de um desiderato público, tem-se serviço público.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 102.

⁷ Ibid., p. 105. A “pretensa crise da noção de serviço público”.

⁸ Esclarece o Código Tributário Nacional: “Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos” (art. 78, *caput*). (VADE Mecum Saraiva. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 10 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010).

⁹ DI PIETRO, 2010, op. cit., p. 99.

¹⁰ Ibid.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p 364-365.

Seria a *juris dictio* espécie de serviço público?

Entende-se que sim, pelos fundamentos que serão declinados em seguida.

2.2 Jurisdição

Para solucionar os conflitos que surgem na esfera da convivência humana, o Estado dota o “poder” judiciário da atribuição de solucionar as lides pela aplicação da lei abstratamente concebida ao caso concretamente apresentado, com efetiva participação dos envolvidos na defesa de seus interesses e com a prolação de uma decisão inconteste¹², garantindo estabilidade jurídica e materialização das expectativas do direito vigente.¹³

É a *jurisdição*: palavra que advém das expressões latinas *juris* (juízo, direito) e *dictio* (dizer, manifestar).

A função jurisdicional *latu sensu*, por assim dizer, é exercida tipicamente pelo “Poder” Judiciário. Todavia, dada a impropriedade da divisão estanque de poderes estatais, sabe-se que outros “poderes” do Estado podem desempenhar esta função, ainda que atipicamente, como é o caso do julgamento do Presidente da República pelo Senado nos crimes¹⁴ de improbidade (art. 85, CF/1988).

Na lição de Cândido Rangel Dinamarco¹⁵, tem-se como *jurisdição* a “[...] função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos.” Suas características principais são a inevitabilidade (*autoridade e sujeição do jurisdicionado* inescapáveis) e a definitividade (“[...] os atos dos demais Poderes do Estado podem ser revistos pelos juízes no exercício da jurisdição, mas o contrário é absolutamente inadmissível”).¹⁶

Logo no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República encontra-se a seguinte disposição: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” O comando consagra o chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição que deve ser analisado à luz do outro princípio posto no inciso LXXVIII, ao garantir que “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

¹² É a característica única da *final enforcing power*, também conhecida por “coisa julgada”.

¹³ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 41.

¹⁴ Ressalvando-se a impropriedade, também, do termo “crime”, tendo-se em vista que, na realidade, trata-se de infração político-administrativa. Cf. LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 533.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1. p. 305. (grifo do autor).

¹⁶ Ibid., p. 309-310.

Esses comandos constitucionais se completam também com aquelas disposições que prevêm como garantia do cidadão o direito de indenização por erro judiciário ou por prisão além do prazo fixado em sentença (inciso LXXV). O erro judiciário, hipótese mais grave, fica mais claro no desempenho da jurisdição penal e ocorre geralmente quando uma pessoa é condenada e, logo após, em ação revisional por novas provas, corrobora sua inocência.

Assim, se a jurisdição é uma função desempenhada com exclusividade pelo Estado, de forma indelegável, visando à satisfação de um interesse público, inclusive com a possibilidade de ser responsabilizado em caso de erro, está claro que a prestação jurisdicional é, sim, espécie de serviço público.

Javier Martínez Lázaro ensina que a Justiça figura como um dos “três poderes” do Estado, tal como reconhecido na Constituição espanhola – o que ocorre também no nosso sistema constitucional (art. 2º, CF/88) –, porém há cada vez mais uma tendência de considerar-se a Justiça como um serviço público advindo do exercício de uma função estatal.

Nas suas palavras,

Es posible que la expresión sea inexacta y, desde luego, no se trata de confrontar la idea de servicio público frente a la idea de poder constitucional sino de completarla. La expresión servicio público de la Justicia trata de evidenciar la estrecha relación que debe existir entre la Justicia como poder y los ciudadanos de los que conforme a la Constitución emana dicho poder. Se trata, sin desnaturalizar la función constitucional del Poder Judicial y la garantía que implica la división de poderes, de acentuar el vínculo que une a la Justicia con los ciudadanos a los que en definitiva sirve.

Esta noción trata de evitar una percepción ritual e hierática de la Justicia sustituyéndola por una visión democrática como poder que tiene por finalidad tutelar los derechos y libertades cívicas.

Busca completar la noción de Poder Judicial como sistema de garantías, de tutela, de independencia, y del conjunto normativo que garantiza todo ello, con los conceptos de eficacia, celeridad, e incluso con los de cortesía y amabilidad.

[...]

La propia idea de Administración de Justicia, incluso de administración de la Administración de Justicia [...] completa la idea de Poder Judicial y contribuye a definir esa noción de servicio a los ciudadanos.

Antes de seguir adelante conviene hacer una precisión: la Justicia es un poder al servicio de los ciudadanos.¹⁷

¹⁷ LÁZARO, Javier Martínez. Organización judicial y servicio público de la justicia. In.: GARCÍA GARCÍA, María Ángeles et al. **Poder judicial y servicio público**. Madrid: Lerko Print, 2007. (Estudios de derecho judicial, 109). p. 129-131.

Oreste Nestor de Souza Laspro¹⁸ entende que:

A atividade jurisdicional, portanto, é um serviço público e os juízes, seja considerando-os como servidores, seja como agentes públicos, estão abrangidos pelas condições exigidas para a responsabilização objetiva do Estado, em conformidade com o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

Por fim, o pensamento de Aliomar Baleeiro, exposto em substancial voto proferido em julgamento no Supremo Tribunal Federal: “Acho que o Estado tem o dever de manter uma Justiça que funcione tão bem como o serviço de luz, de polícia, de limpeza ou qualquer outro. *O serviço da Justiça é, para mim, um serviço público como qualquer outro.*”¹⁹

Importa o registro de que a idéia da função jurisdicional como serviço público e não como Poder estatal é nova e desperta ainda muita resistência. Lembre-se como exemplo Marienhoff, para quem a Justiça: “[...] *no es servicio sino función esencial del Estado, al extremo de que uno de los ‘poderes’ que integran el gobierno del país es el Poder Judicial, del mismo rango que los poderes Ejecutivo y Legislativo.*”²⁰

Com efeito, o Judiciário desempenha função estatal de natureza essencial, como forma de se garantir a concretização dos direitos fundamentais do cidadão. Todavia, a ideia do publicista, como se vê, ressent-se do apego à visão tripartite atribuída a Montesquieu.

Não se nega que a manifestação jurisdicional típica tem como suporte a soberania nacional. Não é o caso, porém, de se afastar a visão de função ou serviço na prestação da jurisdição quando se fala no seu *modus operandi*, no seu desenvolvimento concreto quando provocada. Os atos desempenhados no contexto do exercício de se “dizer o direito” (*juris dictio*) são, sim, prestação de serviço público, ainda que baseada na soberania nacional e por ela limitados, conforme as disposições constitucionais aplicáveis.

Portanto, o chamado *serviço jurisdicional* representa uma espécie do gênero serviço público, na medida em que, quando se transfere ao Estado o monopólio da jurisdição, do “dizer o direito” em cada caso que lhe é trazido, de forma indiscutível e imutável (com efeitos de *coisa julgada*), inafastável (eis que tudo que lhe é trazido deve ter uma resposta,

¹⁸ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 258. (grifo nosso).

¹⁹ STF, 2ª T., RE 32.518-RS. Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO. DJ. 21 jun.1966.

²⁰ MARIENHOFF, Miguel S. **Responsabilidade extracontratual Del Estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001. p. 74.

ainda que sem análise de mérito)²¹ e irresistível (sobrepondo-se à vontade individualizada das partes do litígio, qualquer que seja a sorte no processo), abre-se mão da vingança privada ou da arbitragem²², para a inserção da necessária manifestação normativa estatal *in concreto*.

Por isso que Edmir Netto de Araújo²³, optando pela conceituação ampla de serviço público como “[...] toda atividade exercida pelo Estado, através de seus Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) para a realização direta ou indireta de suas finalidades”, discorre:

Não seria a atividade jurisdicional um *serviço* prestado pelo Estado (que, aliás, detém o monopólio dessa atividade de dizer o Direito contenciosamente) ao contribuinte? Este serviço é *público*, não só no sentido *subjetivo* (prestado pelo Estado, *puissance publique*), como *objetivo* ou *material* (tem por objeto o interesse *público* de oferecer a prestação jurisdicional, privativa- mente, para assegurar a ordem pública e a estabilidade das relações jurídicas, e não interesses privados, ou do juiz, do Ministério Público e nem mesmo de um organismo chamado Poder Judiciário) e, ainda, no sentido *formal* (regi- me jurídico de Direito público no exercício das atividades, no qual sobrelevam a supremacia do interesse público e o princípio da legalidade).

Francisco Sosa Wagner ousa dizer que “[...] afirmar que os juízes administram um serviço público é uma obviedade.”²⁴

2.3 Atividade Judicial não Jurisdicional

Convém lembrar, todavia, que ao Judiciário não são reservados apenas os atos jurisdicionais típicos que se concretizam por meio da sentença como momento de materialização da atividade jurisdicional do Estado. Conforme visto, a prolação de decisão não esgota todas as atividades do ramo judicial. Ao lado da sua função jurisdicional típica

²¹ Cf. art. 5º, XXXV. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

²² Sem se olvidar da Lei n. 9.307/1996 (BRASIL., op. cit.), que dispõe que “[...] as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º), o que não desvirtua o que aqui se assevera, tendo em vista que, mesmo o processo arbitral poderá ser revisto pelo Judiciário em caso de nulidade (art. 33), ou seja, mantém-se inafastada a jurisdição estatal.

²³ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 100-101. (grifo do autor).

²⁴ WAGNER, Francisco Sosa. Poder Judicial, jueces y servicio público. In: GARCÍA GARCÍA, Maria Ángeles et al. **Poder judicial y servicio público**. Madrid: Lerko Print, 2007. (Estudios de derecho judicial, 109). p.12. Tradução nossa. No original: “Por servicio público hay que entender una prestación que se realiza desde una Administración pública a los ciudadanos y que se halla destinada a satisfacer una necesidad propia de la vida en sociedad.”

existem outras atividades que, desprovidas daquela natureza, eventualmente podem causar prejuízos aos cidadãos e, portanto, sujeitar o Estado a consequente responsabilização.

Daí porque a responsabilização do Estado pressupõe, neste ponto, a identificação do serviço judicial como espécie de serviço público, de modo a alcançar danos decorrentes tanto do exercício da função jurisdicional típica (atividade-fim) como daquelas atividades não-jurisdicionais (atividades-meio) ou que estejam ligadas ao próprio funcionamento dos serviços judiciais.²⁵

Realmente, é uma das prerrogativas do Poder Público aquela de “*dizer o Direito*”, ou melhor, aplicar contenciosamente a lei ao caso concreto, o que o Estado faz, em nosso regime constitucional através do Poder Judiciário. Assim, o magistrado, ao exercer sua função em geral, estará desempenhando atividade pertinente à competência privativa do Estado de aplicar contenciosamente a lei a casos particulares, *além das atividades administrativas que exerce*. É o juiz, portanto, *agente público*, e só isso bastaria, na redação constitucional (art. 37, § 6º) atual, para configurar a referibilidade ao Estado do serviço público judiciário.²⁶

Assim, não apenas a atividade jurisdicional típica enseja a possibilidade de imputação de responsabilidade estatal, mas também todas aquelas que lhe servem de apoio.

Não só a normatização concreta do caso via sentença estaria no âmbito da prestação judicial, mas também todos os atos praticados no bojo do processo ou procedimento realizados pelo – ou sob a supervisão do – Estado-juiz. Seriam, ontologicamente, atos administrativos.²⁷

Nesta exata linha de raciocínio: “Com relação a atos judiciais que não impliquem exercício de função jurisdicional, é cabível a responsabilidade do Estado, sem maior contestação, porque se trata de atos administrativos, quanto ao seu conteúdo.”²⁸

São exemplos destes atos, no âmbito judicial, os despachos de mero expediente.²⁹

²⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 64, p. 73-102, 1969.

²⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 804. (grifo nosso).

²⁷ “Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 150. (grifo do autor).

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 664.

²⁹ Art. 504, do Código de Processo Civil: “Dos despachos não cabe recurso”.

2.4 Efeitos da Jurisdição

Os efeitos que emanam da tutela jurisdicional podem ser divididos em três momentos: no próprio acesso à justiça; no desenrolar do processo, com observância ao contraditório e posterior decisão judicial dentro de prazo razoável; e, por último, a plena efetividade do pronunciamento estatal sobre a resolução da querela. Em Jesús González Pérez³⁰, “*Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia*”.

Em quaisquer destes momentos, o que se espera da prestação jurisdicional é a tutela dos direitos da melhor forma – da forma mais *eficiente*. A distribuição da justiça, monopólio estatal, deve ser realizado potencializado-se os recursos disponíveis para tanto.

Isto implica na responsabilidade do estado desenvolver esta atividade despendendo o menor volume de recursos e obtendo o maior proveito possível do que é efetivamente despendido.

Num país de grandes restrições orçamentárias, como é o Brasil, é indispensável que o poder público analise cuidadosamente a disponibilidade de caixa e, numa decisão “politicamente correta”³¹, aplique os recursos nas ações que possam produzir mais (justiça) por menos (gastos públicos), o que dá ensejo às diversas ações, planos e metas em relação ao judiciário, conforme se verá adiante.

Como exemplo histórico, tem-se a obtenção da certificação ISO 9002 ao fórum federal da subseção de Ribeirão Preto, seção de São Paulo, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região em 2001³², estabelecendo-se procedimentos operacionais padrão (POP), independentemente da Vara para onde a ação fosse distribuída.

A qualificação periódica obtida por aquela subseção já indicava a vontade de se buscar meios de oferta de justiça de acordo com as regras de produção mais avançadas, há muito utilizadas nos empreendimentos privados. Discorrer-se-á em capítulo à parte sobre o que é a eficiência e como ela se aplica à jurisdição.

Por fim, é possível perceber-se outro plano na faceta múltipla da jurisdição: ela não é apenas mais um serviço público, mas um serviço público *essencial*. Assim como a

³⁰ GONZÁLEZ PERÉZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989. p. 44.

³¹ Ou seja, de uma decisão necessariamente política (de governo da “cidade”, – *polis* – Estado, ou país), nos padrões razoáveis de oportunidade e conveniência, e fundada na melhor fundamentação técnico-econômica, visando a gerar maior e melhor economia.

³² Missão: “[...] desempenhar a prestação jurisdicional com efetividade e qualidade, buscando a melhoria contínua, visando à satisfação dos clientes [jurisdicionados].” (informação verbal da Chefe de Secretaria da 4ª Vara Federal, durante estágio em jan. 2001).

defesa das fronteiras, é imprescindível para a configuração de um Estado, especialmente um tido por democrático e de Direito.

Pelas razões já expostas sobre a necessária intervenção do Estado para a realização de justiça sem as amarras dos interesses egoísticos de cada um, a jurisdição deve ser posta à disposição tanto do mais humilde idoso em busca de sua aposentadoria quanto à mais complexa declaração de inconstitucionalidade de uma lei. De nenhuma destas situações a jurisdição se furtará.

Com mais razão, portanto, deve buscar a excelência quando de seu desenvolvimento na vida dos cidadãos que dela se socorrem, *sob pena de responsabilidade*. Esta última possibilidade é justamente o cerne da discussão em tela.

2.5 Funcionamento Anormal

Um caso que ilustra bem a necessidade da materialização da decisão judicial é trazido por Javier Indalecio Barraza:

En el ejercicio profesional, me parece bueno recordar un caso que he debido enfrentar. Hace algunos años, debí proceder al lanzamiento a la vía pública de un grupo de personas que estaban ocupando un inmueble de manera irregular. Luego de obtenida la sentencia de desalojo, el magistrado ordenó el lanzamiento. Al hacerme presente en el lugar con la orden judicial y en presencia del oficial de justicia, encontré dentro del inmueble una persona con un pie vendado, la que manifestaba que se encontraba imposibilitada de caminar. Ante tal situación, el referido oficial me comunicó que no se podía proceder al cumplimiento de dicha diligencia, dada la situación de la persona. Por lo que en ese momento se frustró el referido acto.

Luego de ello me dirigí al juzgado, a fin de que se librara oficio al cuerpo de médicos forenses, con el objeto de que se constatará el estado de salud de esa persona. Para ello, fue necesario concertar una entrevista con el cuerpo de médicos forenses, cuyo horario de atención resulta sumamente exiguo, no sólo en cuanto a las horas de atención al público sino también en cuanto a los días que se presta atención, dado que el referido cuerpo no funciona diariamente sino en determinados días de la semana.

Una vez diligenciado ese oficio y ordenado nuevamente el lanzamiento, previa concertación de fecha con el oficial de justicia y al hacerme presente en el lugar, dentro del inmueble se encontraban animales (perros), que prima facie no presentaban un estado de salud anormal. Ante tal circunstancia, el oficial de justicia me comunicó que no se podía proceder al lanzamiento, puesto que los animales no podían ser puestos en la vía pública y que era necesario que se constatará el estado de salud de éstos. Por lo que otra vez tuve que dirigirme al juzgado a fin de que se librara oficio al órgano técnico competente, Instituto Pasteur, con el objeto de que se constatará el estado de salud de los animales y que se procediera al

secuestro de los mismos. Una vez librado el oficio, se diligenció el mismo, se acreditó su diligenciamiento y se ordenó otra vez el lanzamiento.

En esta oportunidad, al hacerme presente en el lugar, se encontró una faja de la Dirección General Impositiva, que a todas luces era falsa; sin embargo, el oficial de justicia no procedió al cumplimiento del referido acto procesal, por encontrarse dicha faja. Nuevamente se vio frustrada la diligencia. En este caso, se volvió al juzgado, se pidió el libramiento de un oficio al citado ente recaudador, se lo diligenció, se acreditó el diligenciamiento, se contestó el oficio, en el que se informó que no pesaba sobre el referido inmueble ninguna clausura. Luego de ello, fue posible proceder al lanzamiento. Es dable señalar que cuando finalmente se concretó el lanzamiento, habían transcurrido 11 meses.

En suma, en ese largo derrotero para proceder al lanzamiento, siempre me ha parecido que este accionar irregular debe ser indemnizado, la anormalidad en el funcionamiento de la justicia provoca un perjuicio que, claro está, excede la mera molestia para convertirse en un verdadero daño a los intereses de cada uno de los ciudadanos.

En cuanto a la naturaleza de los actos involucrados, ha señalado Reiriz: “Podrá discutirse -en doctrina- si tales actos son judiciales o administrativos, según se adopte un criterio estrictamente orgánico [...] los actos del proceso de la función judicial (aunque no tengan el carácter definitivo de las sentencias) son siempre actos propios del Poder Judicial y no actividad administrativa de los órganos judiciales. Los órganos judiciales realizan función administrativa cuando nombran o remueven a su personal, contratan suministros de muebles, libros y útiles, compran o alquilan inmuebles para los juzgados, etcétera. En cambio, todos los actos vinculados al proceso (principal o accidental) y que tienden a que ‘se decida con fuerza de verdad legal una controversia entre partes por medio de un órgano imparcial e independiente’, son de sustancia jurisdiccional. Y ello aunque su aplicación no esté a cargo de magistrados, sino de funcionarios que constituyen auxiliares de la justicia, sean éstos secretarios de juzgados, oficiales de justicia, agentes fiscales, etcétera. De todos modos, se trate de actos judiciales o administrativos, no modificaría la situación: el Estado debe responder por los daños que se cause con tales actos procesales, cuando los mismos sean ilícitos. Los principios para fundar la responsabilidad no podrán diferir”.

En virtud de lo expuesto, claramente se puede advertir que la noción de error judicial no resulta suficiente para comprender este tipo de responsabilidad, por lo que desde mi óptica, he preferido llamar a esta cuestión, responsabilidad del Estado por el ejercicio anormal de su actividad judicial.³³

Então a preocupação não era com o provimento jurisdiccional em si, mas a concreta realização da disposição da justiça, dados os entraves no meio do caminho.

Ademais, como se pode notar, há uma diferença entre a responsabilidade pelo ato típico da decisão judicial e a responsabilidade pela aplicação desta decisão ou, em outras palavras, pela efetivação do julgado, desde o início do pleito à execução do decisório.

³³ BAZARRA, Javier Indalecio. **Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la actividad judicial**. Buenos Aires: Universitas, 2006. p. 13-14. (grifo nosso).

Então, o que se traz a lume é o que é chamado de *funcionamento anormal* de um serviço público específico, qual seja, o jurisdicional.

Na precisa definição de Barraza³⁴, trata-se da “[...] responsabilidade a cargo do Estado pelo exercício irregular, ilegítimo, gravemente inconveniente dos juízes, funcionários, empregados e auxiliares da justiça, o qual gera um prejuízo aos cidadãos.”

Esta “anormalidade” distingue-se do *erro judicial*, conforme apontado pela Corte Suprema de Justiça da Argentina:

*Que quedan excluidos, por tanto, del concepto de ‘error judicial’, los errores in procedendo cometidos por magistrados, funcionarios o auxiliares de la justicia, en los cuales no se pone en ejercicio la potestad de juzgar y que, en su caso, dan lugar a una responsabilidad estatal de distinta índole: ‘la responsabilidad por el irregular servicio de justicia’, asimilable a la de la administración por el indebido funcionamiento de los servicios públicos.*³⁵

A análise, portanto, recairá sobre a prestação irregular do serviço judiciário e a possibilidade de responsabilização do Estado. Seria admissível?

Veja-se: com o afastamento da vingança privada como resolução de litígios, o Estado assume a tarefa de exercer e executar a jurisdição de forma exclusiva. Com isto, deve assumir o ônus advindo desta decisão. Deverá prestar este serviço com grande eficiência, até porque outros não poderão substituí-lo. Nas outras formas de solução de controvérsias admite-se certo grau de flexibilização ou mesmo de intervenção de terceiros alheios aos quadros da Administração. O mesmo não ocorre com a jurisdição, única capaz de gerar a “coisa julgada”. Por meio dela, o Estado exprime parcela de seu poder soberano. Como no caso da defesa externa, não se cogita delegação ou afim. Ele, o Estado, deve prestar este serviço exclusivamente.

Então, se o particular não pode escolher outro prestador de serviço jurisdicional senão o estatal³⁶ está à mercê dele e de suas virtudes e defeitos. Já que não pode recorrer a terceiros para obter tudo o que poderia buscar na declaração judicial estatal ordinária, deverá contentar-se com o que vier a ocorrer neste âmbito.

Cômodo para o Estado.

Mas não sob a égide da melhor interpretação constitucional.

³⁴ BAZARRA, Javier Indalecio. **Responsabilidade del Estado por funcionamiento anormal de la actividad judicial**. Buenos Aires: Universitas, 2006. p. 16.

³⁵ Corte Sup., 11/06/1998, Fallos 321:1717, voto do Min. ADOLFO ROBERTO VÁZQUEZ, consid. 14 *in fine*.

³⁶ Não há a figura do “*rent-a-judge*”. Cf. Capítulo 4, seção 4.5.3, nota n. 64, p. 86.

O Poder Público não deve apenas assegurar um formal acesso à jurisdição. O processo deve iniciar-se e terminar com a plena realização das expectativas do Direito.

Não pode a Administração arvorar-se na exclusividade da prestação jurisdicional para abster-se da responsabilidade de bem cumprir o que se propôs ao estatuir-se sob a Constituição de 1988.

O usuário do serviço judicial tem o direito de ver sua pretensão acolhida ou não. Soa estranho que alguém pudesse ter a garantia de ser vencido em uma lide. Mas, de fato, assim o é.

Por exemplo, o vencido no processo de conhecimento, condenado a pagar determinada quantia ao vencedor. Ora, em recorrendo da sentença condenatória, pelas razões que entende corretas, tem o direito de ver-se definitivamente condenado a valor certo e específico após o trâmite legal e em tempo razoável para que não tenha de preocupar-se por longos anos sobre a lide. Se há o entendimento de que deve pagar, que isto se esclareça com a maior brevidade possível.

E por quê? Porque tem o interesse de, em se reconhecendo seu estado de devedor, que saiba em quanto e porque. Mesmo resignado, saberá com segurança que a tormenta é passada e que, ao pagar o devido, estará consumada a discussão. Aliás, verá a consumação da discussão precisamente com o exaurimento da jurisdição.

Ousa-se ampliar o campo de incidência do inciso XXXIII do artigo 5º da CF/1988 para abarcar o direito de se obter “dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade”. Embora o dispositivo trate especificamente do direito de petição, não se fica somente na interpretação literal ou gramatical do texto. Informar-se sobre o resultado de uma demanda – e realizá-lo – são comandos vinculantes dirigidos ao Estado. No exemplo do devedor mencionado, ele terá o direito de, em se vendo vencido, adimplir com o que lhe foi fundamentadamente imputado, e de o sê-lo em tempo razoável, a permitir-lhe que, satisfeito o clamor da Justiça, saiba com segurança que nada mais lhe poderá ser cobrado.

Evidentemente que o mesmo direito cabe ao credor ou ao vencedor da lide que, com mais razão e com maior expectativa, aguarda a realização do direito, a percepção do bem em vida, a fruição daquilo que lhe é devido.

Há uma incômoda expressão popular que, apesar da vulgaridade, traduz bem a situação aqui estudada cientificamente: “ganha, mas não leva”. Verdadeiro disparate, quando considerado o que os operadores do Direito querem ver estabelecido.

É entristecedor constatar no cotidiano forense a transmissão de direitos por *causa mortis* aos herdeiros daquele que um dia obteve um reconhecimento judicial de seu pleito, mas, por um motivo ou outro, não pode usufruí-lo em vida. A sentença ou acórdão não passou de um mero “pedaço de papel” oficializado, pedindo-se emprestada a expressão de Ferdinand Lassale³⁷ sobre a força normativa das Constituições.

Assim, não se trata apenas de garantia ao credor em receber de forma fruível o bem da vida que busca. O devedor também tem o direito de saber quanto deve. E ambos têm o direito de receber – e cobrar – do prestador exclusivo do serviço jurisdicional a resolução do conflito da melhor forma.

E a melhor forma é a prevista na Constituição, que visa a “promover o bem de todos” (art. 3º, IV), sem qualquer exclusão “[...] da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), sem que ninguém seja “[...] privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV), assegurando-se aos litigantes “[...] o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV), indenizando-se o “[...] condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (art. 5º, LXXV), “[...] assegurando-se a todos, no âmbito judicial e administrativo, [...] a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII).

³⁷ LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

CAPÍTULO 3

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

3.1 Eficiência, Eficácia e Efetividade

Para o estudo da concretização da prestação jurisdicional é preciso relembrar os planos de efeitos das normas jurídicas.

Antes de realmente valer para a sociedade, a norma jurídica deve passar por alguns estágios de verificação de sua conformidade com o ordenamento, para que possa gozar de todos os elementos necessários para sua implementação no seio social.

Resumidamente, a doutrina¹ divide tais planos em *existência*, *validade*, *eficácia* e *efetividade*.

São eles:

- 1) Existência: para que a norma jurídica exista, ela precisa ser validamente aprovada pelo órgão constitucionalmente estabelecido para tanto, de acordo com o trâmite estabelecido. Passa a norma a existir com sua sanção (conversão do projeto de lei em lei de fato) e promulgação (ato do chefe do executivo que dá autenticidade à lei).²
- 2) Validade: recai sobre a legitimidade formal e material da norma. Seu conteúdo deve estar de acordo com o procedimento previsto anteriormente pela norma superior que lhe dá fundamento (validade formal), não podendo entrar em choque com as determinações ali dispostas, isto é, a matéria sobre a qual fala não pode ir de encontro ao que já estabelecido em outro sentido naquela norma que lhe é superior (validade material).³
- 3) Eficácia: Traduz-se na “potencialidade da norma de produzir efeitos concretos, ou seja, o poder da norma de irradiar efeitos jurídicos concretos, de forma a ser um plano abstrato e geral”.⁴ Também diz respeito ao lapso temporal entre a entrada em vigor e a revogação da norma. Pelo mesmo conceito é que se estudam os efeitos de ultra e retroatividade normativos – o primeiro, quando a norma faz incidir seus efeitos sobre situação ocorrida fora da sua vigência; e o segundo, quando incidir sobre situação pretérita, anterior à vigência da norma.⁵
- 4) Efetividade: também chamada de eficácia social, ocorre com a incidência de fato daquela previsão legal. Neste caso, a norma não apenas regulamenta o *dever-ser*, mas materializa-se no mundo do *ser*. É a nomeação do “fenômeno social de obediência às normas jurídicas”⁶, ou “quando a norma cumpre a função social para a qual ela foi criada”.⁷

¹ Evidentemente que não há homogeneidade nos conceitos aqui apresentados. A finalidade didática, porém, não é afetada pelas eventuais diferenças, por vezes apenas semânticas.

² DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 44.

³ KÜMPPEL, Vitor Frederico. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Método, 2007. p. 111.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid. Ressalva-se que o referido autor entende que os fenômenos de *vigência* e *vigor* estariam inseridos na *efetividade* da norma, entendimento este do qual respeitosamente se discorda.

⁶ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 73.

⁷ NOVELINO, Marcelo. **Aula ministrada em 13 de setembro**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/public.html/article.php.story=20081009142057273>>. Acesso em: jun. 2010..

Como se vê, no plano de validade das normas, a divisão que se expôs tem a finalidade de situar os fenômenos etimologicamente próximos de *efetividade*, *eficácia* e *eficiência*. Numa outra visão:

[...] pode-se afirmar que a *efetividade* diz respeito à capacidade de se promover resultados pretendidos; a *eficiência* indica a competência para se produzir resultados com dispêndio mínimo de recursos e esforços; e a *eficácia*, por sua vez, remete à capacidade de alcançar as metas definidas para uma ação ou experimento.⁸

Para eficiência, porém, não havia espaço para designação específica no campo normativo. Ela remeteria, por assim dizer, a um conceito muito mais econômico do que essencialmente jurídico, sendo representada por

[...] uma medida segundo a qual os recursos são convertidos em resultados de forma mais econômica. Na física e engenharia, define-se eficiência como sendo a relação entre a energia fornecida a um sistema (seja em termos de calor ou de trabalho) e a energia produzida pelo sistema (normalmente na forma de trabalho).⁹

Carvalho Filho¹⁰ arremata as distinções:

A *eficiência* não se confunde com a *eficácia* nem com a *efetividade*. A eficiência transmite sentido relacionado ao *modo* pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, *eficácia* tem relação com os *meios e instrumentos* empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a *efetividade* é voltada para os *resultados* obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível admitir que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia ou efetividade. De outro prisma, pode a conduta não ser muito eficiente, mas, em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade. Até mesmo é possível admitir que condutas eficientes e eficazes acabem por não alcançar os resultados desejados; em consequência, serão despidas de efetividade.

⁸ EFETIVIDADE.NET. Disponível em: <<http://www.efetividade.net/about>>. Acesso em: jun. 2010. (grifo nosso).

⁹ EFICIÊNCIA. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Efici%C3%Aancia>>. Acesso em: jun. 2010.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 34.

Em um outro olhar sobre a eficiência num mundo globalizado,

[...] não mais entendida, à feição do passado recente, como apenas o primado da ação bélica, tão importante que foi na Era das grandes potências, mas a que surge do conceito de uma nova e peculiar governança dos interesses cometidos ao Estado – uma *eficiência político-administrativa* para atuar nas intrincadas relações multilaterais de nível global, as de nível regional e as bilaterais.

Não mais, tampouco, aceita como simplesmente referida à eficiência econômica, entendida como o incremento da produção de bens e serviços, com redução de insumos e aumento de lucros, mas, com outra e mais ampla percepção, como a que produz um *complexo de resultados em benefício da sociedade* – portanto, uma *eficiência socioeconômica* – um conceito híbrido, que consiste em produzir bens e serviços de melhor qualidade o mais rápido, na maior quantidade possível e com os menores custos para a sociedade, para efetivamente atender a suas necessidades cada vez mais demandantes.¹¹

Por fim, conclui:

E é neste sentido que se pode conceber um novo Direito Administrativo, sucintamente, como um *direito disciplinador de interesses transindividuais*: um *direito do cidadão*, entendido não apenas como uma referência ao Estado em que goze de *direitos políticos convencionais*, mas a qualquer Estado em que se encontre, vivendo, trabalhando ou recreando-se, no gozo pleno dos *direitos humanos fundamentais*, que lhe são inatos, que lhe devem ser garantidos e proporcionados com *eficiência*.¹²

Com a Emenda Constitucional de n. 19, de 1998, a eficiência foi explicitada como princípio¹³ regente da Administração, conforme a redação do artigo 37, *caput*, da

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 104. (grifo do autor).

¹² *Ibid.*, p. 110. (grifo do autor).

¹³ Humberto Ávila diferencia *princípio de postulado*, colocando a eficiência neste último, dizendo que “[...] a eficiência e a razoabilidade, embora comumente denominadas de princípios pela doutrina, são examinadas como postulados, na medida em que não impõem a realização de fins, mas, em vez disso, estruturam a realização dos fins cuja realização é imposta pelos princípios. [...] O funcionamento dos postulados difere muito dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.” (ÁVILA, Humberto. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*. **Rede**: Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 4, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: ago.2010).

Constituição Federal de 1988¹⁴, sendo conceituada como “[...] a obrigação [da Administração Pública] de realizar suas atribuições com *rapidez, perfeição e rendimento*”¹⁵, ou, em Alexandre de Moraes¹⁶, como o princípio

[...] que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir maior rentabilidade social.

Esta mesma emenda traz também a eficiência como norte para a chamada *avaliação periódica de desempenho*, mencionada no artigo 41, §1º, III, CF/1988, complementada, por seu turno, pelo artigo 247, parágrafo único do mesmo diploma, quando traz a hipótese de perda do cargo do servidor estável por “insuficiência de desempenho”, garantido o contraditório, na forma de lei complementar.

Todavia, não era a primeira vez em que se falava em eficiência na Administração, visto que no texto original da *Lex Maior* já era possível encontrar tal referência nos artigos 74, II e 144, §7º, por exemplo. Por fim, mesmo na jurisprudência anterior à Emenda já se trazia esta indicação, conforme aresto que fala especificamente sobre delegação de serviços notariais e de registro, mas cuja observação pode ser estendida a todos os serviços públicos:

A natureza pública dos serviços notariais e de registro não sofreu qualquer desconfiguração com a CF/88. Em razão de tais serviços estarem situados em tal patamar, isto é, como públicos, a eles são aplicados o entendimento de que *cabe ao Estado o poder indeclinável de regulamentá-los e controlá-los, exigindo sempre sua atualização e eficiência, de par com o exato cumprimento das condições impostas para sua prestação ao público*.¹⁷

Por isso, a atividade administrativa deverá ser executada com técnica esmerada e adequada para a consecução dos fins esperados por Administração e administrado, visando

¹⁴ “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 [...]”

¹⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 22. (grifo autor).

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 108.

¹⁷ STJ, 1º T. RMS N. 7.730/RS. Rel. Min. JOSÉ DELGADO. Data do julgamento: 1º de setembro de 1997. (grifo nosso).

ao melhor resultado no conjunto custo-benefício, sempre com o estrito respeito à legalidade e aos demais preceitos aplicáveis como postos no ordenamento pátrio.

Todas essas tendências atuam no sentido de despojar-se a Administração Pública de certas características burocráticas pesadas, assumidas nos países de tradição jurídica continental européia, na linha do Direito Administrativo gerado pela Revolução Francesa, e, de certa forma, entre nós, agravadas e desvirtuadas pela herança ibérica colonial de cunho paternalista, patrimonialista e centralizador.¹⁸

Até mesmo no Código de Defesa do Consumidor¹⁹ há a previsão da “[...] adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” (art. 6º, X), o que coloca o serviço público no mesmo patamar dos serviços prestados pela iniciativa privada no tocante ao seu desempenho. Pode-se exigir do Estado, com fundamento no *codex* consumeirista, o desempenho das suas funções de forma a atender satisfatoriamente os interesses do cidadão.

Advirta-se, porém, que o princípio da eficiência não terá o condão de sobrepor-se a outros aplicáveis à espécie. Os princípios – todos eles – devem ser conjugados para que obtenham a máxima performance (ou otimização), sem sobreposição.²⁰ Assim leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹:

A eficiência é o princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.

Portanto, necessária a visão de conjunto composto também por outros princípios, como a razoabilidade, moralidade²², legalidade e outros, considerando-se como imoralidade administrativa a ineficiência grosseira da Administração Pública.²³

O mesmo Alexandre de Moraes elenca algumas características do princípio da eficiência, quais sejam:

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 119.

¹⁹ VADE Mecum Saraiva. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 10 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁰ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 83.

²² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 23.

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo apud MORAES, op. cit., p. 35.

I - direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, como um norte para a Administração, ao prestar serviços àquela sociedade que a custeia;

II - imparcialidade, tanto em relação a grupos ou indivíduos e seu poder de influência, quanto em relação aos interesses outros do próprio governo;

III - neutralidade, pondo-se o Estado de forma isenta na valoração de eventual conflito entre partes;

IV - transparência, evitando-se favorecimento ou discriminação, tanto na organização interna da Administração quanto na prestação de contas pelo serviço realizado à sociedade;

V - participação e aproximação dos serviços públicos da população, na esteira do princípio da gestão participativa, desdobramento da soberania popular e da democracia representativa, com a efetiva participação dos usuários dos serviços públicos;

VI - eficácia, permitindo-se à Administração que se valha de tantos recursos quantos necessários para a consecução de suas finalidades, sempre observa da a estrita legalidade;

VII - desburocratização, dinamizando-se e simplificando-se o funcionamento da Administração Pública²⁴, sobrepujando os vícios advindos de uma organização com um fim em si mesma, divorciada dos interesses da população e desligada da realidade;

VIII - busca da qualidade, otimizando resultados e proporcionando a merecida satisfação do usuário do serviço público, em regime de constante aprimoramento.²⁵

No mesmo sentido, Márcio Pestana reafirma a necessidade de se ter uma gestão com ênfase nos resultados, estabelecendo e superando metas, voltando-se sempre em direção à *administração ótima*, “[...] assegurando-se excelência na qualidade dos serviços a serem prestados aos indivíduos e à coletividade, tudo de acordo com o menor custo possível”.²⁶

Por fim, este mesmo autor, citando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, traz a eficiência como a “[...] *melhor realização possível* da gestão dos interesses públicos, em termos de *plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade*”, tal como “[...] *atributo técnico* da administração como uma *exigência ética* a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma *característica jurídica* exigível, de *boa administração* dos interesses públicos.”²⁷

²⁴ Esta a idéia trazida no artigo 1º do já revogado Decreto n. 83.740, de 18 de julho de 1979, que instituía o Programa Nacional de Desburocratização.

²⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 109/112.

²⁶ MOREIRA NETO apud PESTANA, M. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 236.

²⁷ MOREIRA NETO apud PESTANA, op. cit., p. 236. (grifo do autor).

3.2 Processo de Resultados

Ao lado do artigo 5º, inciso XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), também da Constituição, tem-se “[...] de forma clara e inequívoca, a consagração da *tutela judicial efetiva*”²⁸, isto é, a prestação jurisdicional ao alcance de qualquer um que dela precisar, de forma a fazer valer os seus direitos. Considerando a situação brasileira neste particular, a reflexão proposta busca entender uma realidade nacional, qual seja, a de milhões de cidadãos brasileiros que, por uma razão ou outra, têm seus interesses submetidos à apreciação de juízes e tribunais.²⁹

Essa plethora de demandas faz com que o sistema judicial brasileiro reclame reorganização consistente quase sempre na multiplicação dos órgãos jurisdicionais, como a criação de novas varas e o recrutamento de milhares de juízes e funcionários, tudo a demandar a construção ou locação de edifícios que permitam a instalação desses serviços, em todo o território nacional.

Todas essas providências implicam na adequada utilização dos recursos materiais e humanos, inclusive com a previsão de mecanismos que permitam o acesso do cidadão a esses serviços judiciais – assim os plantões e a consulta de processos e

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 494. (grifo nosso).

²⁹ Dos 70 milhões (70.128.605) de processos que tramitaram na Justiça no ano de 2008, 25 milhões foram julgados, o que resultou em 45 milhões de processos em tramitação atualmente na Justiça. Os dados foram revelados nesta terça-feira (02/06), a partir da divulgação da pesquisa “Justiça em Números” 2008 elaborada pelo Departamento de Pesquisa Judiciária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Ao todo, 15.731 juízes das justiças federal, estadual e do trabalho possuem uma carga de trabalho que varia de 1,9 mil (federal) processos a 9 mil (estadual) por magistrado.

Uma das maiores cargas de trabalho dos juízes verificadas com os dados de 2008 estava concentrada no 1º grau da Justiça estadual, segundo a pesquisa. Os 8.603 magistrados tinham em seus Estados mais de 45 milhões de processos em tramitação, o que resultou em uma carga de trabalho de 9.035 processos para cada juiz. Com isso, a taxa de congestionamento nessa esfera da justiça estadual chegava a 79,6%. A taxa de congestionamento significa que, de cada 100 processos no primeiro grau da Justiça estadual, 79,6 ainda não foram julgados.

Total - Ao todo, em 2008, a justiça estadual possuía 57 milhões de casos em tramitação, 11.108 juízes e uma média geral de congestionamento de 73,1%. No segundo grau, havia 1.500 juízes para 3 milhões de processos, com taxa de congestionamento de 42,5%.

A Justiça trabalhista tinha, em 2008, sob sua responsabilidade, 6,9 milhões de processos, sendo que 3 milhões eram de casos pendentes dos anos anteriores. Até o final do ano, essa justiça possuía 3.145 juízes, que tinham carga de trabalho variando entre 1.943 processos (2º grau) e 2.239 processos (1º grau). A taxa de congestionamento era, respectivamente, de 25,2% e 47,5%.

Na Justiça Federal, a média geral de congestionamento era de 58,9%. A maior carga de trabalho estava concentrada no segundo grau. Os magistrados dessa área possuíam 1,1 milhão de processos. Para cada um dos 137 juízes, havia 8.660 casos. No primeiro grau, também foram registrados 2,1 milhões de processos em tramitação, mas, para julgamento por 1.075 magistrados. Já nos Juizados Especiais, também da Justiça Federal, havia 2,1 milhões de ações para 240 magistrados. (JUSTIÇA brasileira tem 45 milhões de processos em tramitação. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, DF, 2 jun. 2009. Disponível em: <http://wwwh.cnj.jus.br/portalcnj/index.php?option=com_content&view=article&id=7609:justica-brasileira-tem-45-milhoes-de-processos-em-tramitacao&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: jul. 2010).

possibilidade de petições pela internet –, sem qualquer solução de continuidade, esta uma das marcas do serviço público.

A Constituição da República prevê uma série de direitos e garantias tais como o acesso à justiça, o direito à ampla defesa e à instrução contraditória, o direito de assistência judicial integral e gratuita aos comprovadamente hipossuficientes, o direito à duração razoável do processo e o direito a uma sentença fundamentada.

Para que o Judiciário, enquanto serviço público, possa atender a esses comandos constitucionais, têm sido celebrados os chamados “Pactos republicanos de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”.

José Juan Toharia afirma que os cidadãos esperam da justiça confiabilidade moral e eficiência técnica, ou imparcialidade e eficácia, que vem a ser o mesmo. Assim, esperam uma “boa justiça”.³⁰

Para ele,

[...] não basta garantir na máxima medida possível que a justiça seja imparcial: é preciso que seja eficiente também. Isto implica ao menos em três coisas: em primeiro lugar, que seja *acessível*, vale dizer, que prescinda, na maior medida possível, de toda trava ou barreira que implique discriminação na obtenção de uma adequada tutela e proteção judicial. Em segundo lugar, que dê solução razoavelmente diligente aos conflitos que lhes são apresentados: é dizer, que seja *eficaz*. E, em terceiro lugar, que garanta a adequada e pontual execução de suas sentenças: ou, o que é igual, que seja *efetiva*. Com efeito, uma sentença impecavelmente imparcial e tecnicamente impecável, mas exasperadamente tardia ou que possa ser impunemente descumprida não é senão papel molhado – de primeira qualidade, sem dúvida – mas por isto não menos inservível.³¹

É o que é denominado por Isidoro Álvarez Sacristán de *eficácia da política judicial*, ou seja:

[...] *no es eficaz um justicia si no se ponen a disposición Del mismo los cimientos de una Leyes acogedoras de la estructura eficaz de la organización de tal Poder y no se levanta sobre ellos un amparo de la Administración para que se lleve a cabo la eficacia de la justicia judicial. Todas las competencias que inciden en la política judicial tienen su parte de responsabilidad y compromiso, sea de una forma directa a través de la Administración del Estado o por medio de las competencias que se hubieren traspasado a las Comunidades Autónomas. Asombra, por ello, que la justicia judicial sea criticada por otros poderes del Estado cuando ellos*

³⁰ TOHARIA, José Juan. ¿Qué esperan los ciudadanos de la justicia? In: GARCÍA GARCÍA, María Ángeles et al. **Poder judicial y servicio público**. Madrid: Lerko Print, 2007. (Estudios de derecho judicial, 109). p. 56.

³¹ Ibid. (tradução nossa, grifo do autor).

*misimos tienen la misión de velar por la eficacia de la justicia en los referidos ámbitos competenciales.*³²

Ainda, em Teori Albino Zavascki³³:

O direito fundamental à efetividade do processo - que denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa - compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

Como se nota, não basta apenas o acesso formal a um tribunal, mas sim que o resultado decorrente deste acesso se torne concreto e materializado na vida dos cidadãos, numa decisão advinda de cognição ou execução exauriente e sob o crivo do contraditório, dentro de um prazo proporcional à complexidade da questão.

São interessantes os exemplos das nações ibéricas. Na Constituição espanhola³⁴, tem-se que “[...] *todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*” (artigo 24).

Logo em seguida, no artigo 103: “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*” (grifo nosso).

Santamaría Pastor [...] define eficácia como “[...] imperativo de óptimo funcionamiento del conjunto de las Administraciones públicas, como sistema que ha de operar de manera coherente y armónica”. E considera que juízes e tribunais podem anular decisão administrativa caso ela se demonstre claramente impeditiva de uma ação eficaz da Administração Pública.

Luciano Parejo Alfonso (1996) alerta que o princípio da eficácia na administração pública espanhola não se limita à eficácia jurídica ou efetividade, ele representa uma exigência de ação organizada, programada e sistemática do gestor público. Para concretizar o princípio da eficácia na Espanha, Parejo Alfonso (1989, p. 37) aponta como caminho a definição de interesse geral: “Es, pues, la definición del

³² ÁLVAREZ SACRISTÁN, Isidoro. **La justicia y su eficacia**. Madrid: Colex, 1999. p. 19. (grifo do autor).

³³ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia social da prestação jurisdicional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 31, n. 122, p. 291-296, abr./jun. de 1994.

³⁴ ESPAÑA. Constitución Española. Aprobada por las Cortes en Sesiones Plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado Celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada: por el pueblo español en referendun de 6 de diciembre de 1978. **Boletín Oficial del Estado Gaceta de Madrid**, Madrid, 29 dic. 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>>. Acesso em set. 2010.

interés general el elemento clave para el enjuiciamiento en concreto de la eficacia”. Lois Recascino Wise (2004, p. 669-680) define interesse geral ou interesse público como as demandas oriundas dos interesses coletivos de uma determinada população, inclusive de suas futuras gerações. É mais que a mera soma de interesses.³⁵

Como se nota, há a preocupação em se orientar toda a Administração pública no sentido de realizar a prestação jurisdicional e torná-la fruível aos seus destinatários.

Já na Constituição Portuguesa³⁶, no artigo 268º, 4º, lê-se que:

É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas.

No comentário de Canotilho e Moreira³⁷,

A tutela através dos tribunais deve ser efectiva. O princípio da efectividade articula-se, assim com uma compreensão unitária da relação entre *direitos materiais* e *direitos processuais*, entre *direitos fundamentais* e *organização e processo* de protecção e garantia. O princípio da efectividade postula, desde logo, a existência de tipos de acções ou recursos adequados [...], tipos de sentenças apropriados às pretensões de tutela deduzida em juízo e clareza quanto ao remédio ou acção à disposição do cidadão.

Ao mesmo tempo, reconhece ainda o direito a uma “decisão de fundo sobre a mera decisão de forma”³⁸, a revelar não apenas a admissão da fungibilidade ou do aproveitamento das formas instrumentais no decorrer do processo, mas também, e mais importante, a necessidade de uma resolução ou sentença que realize de fato o que se busca, acolhendo ou rejeitando a pretensão de uma das partes e, ato contínuo, concretizando tal decisão.

Por isso que o velho formalismo, significando o culto cabalístico às formas e ritos, deve paulatinamente ceder espaço ao dinamismo exigido pela vida hodierna na solução dos conflitos. As promessas constitucionais deverão deixar de sê-las apenas isto, convertendo-

³⁵ ALCANTARA, Christian Mendez. Os princípios constitucionais da eficiência e eficácia da administração pública: estudo comparativo Brasil e Espanha. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 1, p. 24-49, ago./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.abdconsti.com.br/revista/ARTIGO202.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2010.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. v. 1. p. 416. (grifo do autor).

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

se em realidade na vida dos cidadãos brasileiros. Não mais normas programáticas, mas sim, normas programadas e concretizadas no dia-a-dia de cada um dos administrados.

Ora, por certo que, no que concerne ao processo no Brasil, é fato que muitas lides se iniciam e se arrastam pelas prateleiras das secretarias e gabinetes do Judiciário eternizando-se pelos labirintos de setores variados, escaninhos e Tribunais, até que, no desfecho final da lide, o resultado prático ou não ocorre ou quando muito precisa ser transmitido por herança aos sucessores do litigante.

Não se goza do resultado prático em vida! Este alerta é necessário para reafirmar a importância da efetividade na concretização da tutela judicial tempestiva, frutiva e satisfatória para todas as partes.

Num viés mais adjetivo, até mesmo o processo em si, “filho” materializado da jurisdição, deve revestir-se desta característica de efetividade, de concretização de expectativas justas e realização do direito em casos de lides ou procedimentos judiciais não litigiosos.

É o chamado *processo de resultados*, que:

Consiste [...] na consciência de que o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. *Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber* (Chiovenda), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social. O processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida – e a exagerada valorização da ação não é capaz de explicar essa vocação institucional do sistema processual, nem de conduzir à efetividade das vantagens que dele se esperam. Daí a moderna preferência pelas considerações em torno da *tutela jurisdicional*, que é representativa das projeções metaprocessuais das atividades que no processo se realizam e, portanto, indica em que medida o processo será útil a quem tem razão.³⁹

Veja-se a importância da verificação do resultado prático do processo, instrumento para a materialização da jurisdição e da concretização do Direito. Neste sentido, é interessante a proposta de Emenda à Constituição do atual presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, no sentido de retirar possível efeito suspensivo a recursos

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 108. (grifo do autor).

advindos de julgamentos em segunda instância.⁴⁰ Só se espera que não seja desvirtuado o papel do Mandado de Segurança para, por via indireta, obter-se tal efeito nos recursos aos Tribunais Superiores ou ao próprio Supremo.

3.3 Duração Razoável do Processo

Já que se discute a prestação jurisdicional efetiva, um dos pontos mais relevantes é o da prestação jurisdicional tempestiva. A chamada “Emenda do Judiciário” (EC n. 45/2004) trouxe a previsão da “duração razoável do processo.”⁴¹ Qual seria este prazo razoável trazido pela Constituição?

Evidentemente que, como Constituição dirigente, a Carta Magna apenas aponta em um sentido, determinando ao poder público que aja em conformidade com aquele determinado sentido, efetivando e potencializando expectativas positivas na construção de uma sociedade justa e fraterna. Em suma, reconhece direitos, edita regras e, principalmente, estabelece princípios. O tema da duração razoável do processo tem sido abordado nos

⁴⁰“O presidente do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, apresentou na noite desta segunda-feira uma proposta de emenda constitucional que não prevê efeito suspensivo para processos que, após a decisão da segunda instância, venham a ser objeto de recurso em instâncias superiores.

Ainda seria possível recorrer a tribunais superiores e ao STF, mas esses recursos não acarretariam efeito suspensivo na sentença da segunda instância.

Com essa mudança constitucional, Peluso acredita que seriam desincentivados recursos que tem a mera intenção de protelar uma decisão final contrária ao litigante. Segundo o presidente do Supremo, atualmente só cerca de 15% das sentenças de instâncias inferiores são reformadas nas instâncias superiores.

Peluso quer que a proposta integre o 3º Pacto Republicano, atualmente em discussão entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

Presente à mesa redonda ‘Caminhos para um Judiciário mais eficiente’, na Fundação Getúlio Vargas, no Rio, o vice-presidente da República, Michel Temer (PMDB), apoiou a proposta de Peluso, que qualificou de ‘revolucionária’.

Ressalvou, no entanto, que é preciso discutir melhor o que acontecerá nos casos em que as decisões dos tribunais inferiores acabarem reformadas pelos tribunais superiores após a execução definitiva, pois nesse caso os prejudicados poderão buscar indenizações do Estado.

Ele também duvidou da avaliação de Peluso de que apenas aqueles que estiverem verdadeiramente convictos de que as cortes superiores não reformarão a sentença optarão pela execução definitiva.

Também presente ao evento, o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, foi mais reticente sobre a viabilidade da proposta, embora tenha dito que ela deve ser levada em consideração pelo simples fato de ter sido elaborada pelo presidente do Supremo. Cardozo disse já ter apresentado à proposta à presidente Dilma Rousseff, que, segundo ele, pediu que ela seja submetida a mais debates.

‘Do ponto de vista teórico, duvido que se possa dizer que duas instâncias não respondam a um profundo processo legal’, disse Peluso. Ele exemplificou que, caso essa norma já estivesse vigente, não haveria a discussão em torno da lei da ficha limpa, uma vez que seriam considerados transitados em julgado os processos em que políticos foram condenados em segunda instância.

Para o presidente da STF, a consequência da mudança seria um aumento considerável na velocidade para a decisão de processos e uma diminuição imensa da carga de trabalho do STF. Um estudo da FGV apresentado na mesa redonda mostrou que, hoje, cerca de 92% dos processos julgados no STF são recursos vindos de instâncias inferiores.” (RÖTZSCH, Rodrigo. Presidente do STF propõe emenda contra recurso que adia decisão. **Folha.com**, São Paulo, 21 mar. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/892055-presidente-do-stf-propoe-emenda-contra-recurso-que-adia-decisao.shtml>>. Acesso em: mar. 2011).

⁴¹ Art. 5º, LXXVIII, CF/1988.

ordenamentos constitucionais mais recentes. Na Europa, a Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais consagra no artigo 6º, parágrafo 1º, que:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, *num prazo razoável* por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.⁴²

Essa garantia tem servido de fundamento para a condenação dos Estados europeus pela Corte Européia de Direitos Humanos, quando as ações ultrapassam o prazo considerado razoável, a partir do exame concreto de suas particularidades e da atuação dos agentes públicos envolvidos, sem um julgamento.

A atuação da Corte é supletiva, vale dizer que somente pode ser acionada depois de esgotadas as instâncias ordinárias nacionais. A leitura da sua jurisprudência indica repetidas condenações de Portugal e Itália, a ponto de este país ter cuidado de adaptar o seu ordenamento legal interno para superar essa deficiência. A chamada “Legge Pinto”, número 89, de 24 de março de 2001, representa o marco legal para a indenização dos cidadãos cujos pleitos não tenham atendido a esta exigência de duração razoável do processo.⁴³ Não obstante a preocupação do legislador em se buscar o resultado da demanda em prazo razoável, o certo é que não se tem objetivamente apontado qual seria este prazo, ou qual seria a duração razoável de um processo. Trata-se, portanto, de um conceito jurídico indeterminado⁴⁴, de

⁴² TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. 2010. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em: set.2010.

⁴³ No texto original: “1. Chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione.

2. Nell'accertare la violazione il giudice considera la complessità del caso e, in relazione alla stessa, il comportamento delle parti e del giudice del procedimento, nonché quello di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o a comunque contribuire alla sua definizione.

3. Il giudice determina la riparazione a norma dell'articolo 2056 del codice civile, osservando le disposizioni seguenti:

a) rileva solamente il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole di cui al comma 1;
b) il danno non patrimoniale è riparato, oltre che con il pagamento di una somma di denaro, anche attraverso adeguate forme di pubblicità della dichiarazione dell'avvenuta violazione.”

⁴⁴ Por conceitos jurídicos indeterminados, entende-se “expressões ou palavras dispostas no preceito primário da norma de caráter impreciso, genérico ou vago, mas que dão grande discricionariedade ao aplicador. Pode-se exemplificar com o art. 581 do CC que estabelece: ‘Se o comodato não tiver o prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido’. Aqui se observa o grande poder do julgador na expressão ‘o necessário’, podendo o juiz interpretar da forma mais justa possível. Assim também é o disposto no art. 1.848, §2º, do CC, pelo qual autoriza o juiz ao herdeiro alienar o bem herdado mesmo com cláusula de inalienabilidade, desde que haja *justa causa*; é, portanto, um preceito jurídico determinado casuisticamente pelo juiz”. (KÜMPEL, Vitor Frederico. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Método, 2007. p. 100). (grifo do autor).

modo que a sua integração depende da criação jurisprudencial, a partir do exame do caso concreto, com suas características e particularidades, tais como o número de envolvidos, a complexidade da demanda, a natureza do bem jurídico posto em causa, dentre outros.

Conquanto não se possa aferir imediatamente o conteúdo objetivo da norma, é possível visualizar o desatendimento do princípio nos casos extremos. Da sentença do caso Clerc, de 26 de abril de 1990, extrai-se:

Señala la Comisión que las partes coinciden en reconocer que la causa era un tanto compleja, como lo demuestran, por lo demás, las cuestiones de hecho y de Derecho suscitadas. Sin embargo, esta complejidad no justifica por sí sola un período de casi trece años.

[...]

*En sí, este período es excesivo. Aunque se tenga en cuenta la complejidad del asunto, considera la Comisión que la duración del procedimiento se debió a la forma en que las autoridades judiciales lo dirigieron.*⁴⁵

Ou seja, no caso citado, não foi necessária maior fundamentação do que a apresentada: apesar da complexidade, não era *razoável* ter a lide se arrastado por quase 13 anos, o que, por si só, representa a demora na prestação jurisdicional, em evidente falta de eficiência na prestação do serviço jurisdicional.

Porém, a norma constitucional apenas assinala o desejo de se buscar uma tutela jurisdicional em prazo razoável sem especificar o que seria isto. Careceria de complemento a norma constitucional que determina a duração razoável do processo.

Também no sentido de se estabelecer um conceito determinado para a duração processual razoável, preleciona Gajardoni⁴⁶:

[...] em sistemas processuais preclusivos e de prazos majoritariamente peremptórios como o nosso, o tempo ideal do processo é aquele resultante do somatório dos prazos fixados no Código de Processo Civil para o cumprimento de todos os atos que compõem o procedimento, mais o tempo de trânsito dos autos. Eventuais razões que levem a uma duração que exceda o prazo fixado previamente pelo legislador, com base no direito a ser protegido, deve se fundar em um interesse jurídico superior, que permita justificar o quebramento da previsão contida na norma processual, no qual não se inclui a alegação de excesso de demanda.

Nesta linha de raciocínio, Alessandra Mendes Spalding faz a adição dos prazos, sem as “variáveis externas” (procuradores diferentes, incidentes com efeito

⁴⁵ BARTOLOMÉ, Plácido Fernández-Viagas apud KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 73. (grifo nosso).

⁴⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração de processo**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003. p. 59.

suspensivo, presença da Fazenda Pública num dos pólos da ação, etc.), e conclui a duração razoável de um processo pelo rito ordinário comum em *131 dias*.⁴⁷

Porém, Francisco Wildo Lacerda Dantas⁴⁸ critica tal posicionamento matemático, “[...] porque tal cálculo reduz a atividade processual dos integrantes do processo, juiz e partes, a um agir meramente burocrático, sem o cuidado do dimensionamento humano na dinâmica processual.”

De fato, estas são as duas posições possíveis diante do fato da demora na prestação jurisdicional e possível resolução por uma “tabela” de prazos: ou tomam-se as demandas por mais homogêneas entre si, ou são díspares e únicas. No primeiro caso, é possível estabelecer-se prazos determinados, enquanto no outro esta intenção fica prejudica da.⁴⁹

A dificuldade na caracterização do prazo razoável foi legalmente afastada na República do Paraguai⁵⁰, cujo Código de Processo Penal dispõe, expressamente, sobre o prazo de duração razoável do processo, estabelecendo a prescrição da ação penal intercorrente, caso supere três anos “desde o primeiro ato do procedimento” (ressalvado um prazo de seis meses para trâmite de recursos). Em caso de desatendimento do preceito legal, há previsão de indenização para a vítima do crime, a ser paga pelo funcionário estatal responsável pela negligência – presumida, neste caso – e, caso insolvente, pelo próprio Estado, subsidiariamente, com ressalva à regressão.

Eis o texto legal:

Artículo 136. DURACION MAXIMA. Toda persona tendrá derecho a una resolución judicial definitiva en un plazo razonable. Por lo tanto, todo procedimiento tendrá una duración máxima de tres años, contados desde el primer acto del procedimiento.

Este plazo sólo se podrá extender por seis meses más cuando exista una sentencia condenatoria, a fin de permitir la tramitación de los recursos.

La fuga o rebeldía del imputado interrumpirá el plazo de duración del procedimiento.

Cuando comparezca o sea capturado, se reiniciará el plazo.

Artículo 137. EFECTOS. Vencido el plazo previsto en el artículo anterior el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal, conforme a lo previsto por este código.

⁴⁷ *Direito à tutela jurisdicional tempestiva in Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45, 2004.* Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier... et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 38.

⁴⁸ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. A questão do prazo razoável da duração do processo. **Revista CEJ**, Brasília, DF, ano 14, n. 48, p. 4-13, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/1334/1312>>. Acesso em set. 2010.

⁴⁹ Ora se dá mais destaque à matéria de fato, ora à matéria de direito subjacente.

⁵⁰ PARAGUAY. **Código Procesal Penal de La República del Paraguay**. Disponível em: <http://www.pj.gov.py/ebook/sitios/Libros/Tomo_III_Coleccion_de_Derecho_Penal.pdf>. Acesso em: set. 2010.

Cuando se declare la extinción de la acción penal por morosidad judicial, la víctima deberá ser indemnizada por los funcionarios responsables y por el Estado. Se presumirá la negligencia de los funcionarios actuantes, salvo prueba en contrario. En caso de insolvencia del funcionario, responderá directamente el Estado, sin perjuicio de su derecho a repetir.

No caso brasileiro, parece-se caminhar para o estabelecimento de um prazo específico: a própria idéia de vinculação de precedentes (no exemplo de Súmula Vinculante), ou dos “incidentes de coletivização” (escolha de um “processo piloto” para ser julgado, dentre muitos que versem sobre um mesmo assunto, enquanto os demais ficam suspensos aguardando o julgamento) a serem trazidos em possível reforma no processo civil⁵¹ corroboram esta intenção.

Neste sentido, o projeto do novo Código de Processo Civil contempla instrumentos como o “incidente de resolução de ações repetitivas”, destinados a atender o reclamo geral pela solução de uma demanda em prazo razoável e justo. O instrumento, a ser utilizado nas ações de massa relativas a um mesmo assunto, traria os resultados esperados ao possibilitar a adoção de uma solução única advinda da decisão de casos “pilotos”, a ser aplicada aos demais, não só àqueles já em andamento, como também àqueles que porventura vierem a ser propostos.⁵²

Luiz Fux, presidente da comissão de elaboração do projeto de novo Código de Processo Civil entende por prazo razoável do processo o espaço de *um ano* para a tramitação e solução definitiva.⁵³

3.4 Procedimentos-Padrão ou *Standardization*

No tocante à qualidade do serviço a ser realizado pelo Estado durante a prestação jurisdicional, além de poder ser aferida pelas regras técnicas de avaliação de serviços (como aquelas realizadas pela ISO)⁵⁴, deverá também ser positivamente influenciada

⁵¹ NOVO CPC: TJ/MG audiência pública debate processo civil. 22 fev. 2010. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=102307>. Acesso em: set. 2010.

⁵² FRANCO, Simone. **Anteprojeto de reforma do CDC será apresentado no início de junho**. 11 maio 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/detalha_noticias.asp?codigo=78435>. Acesso em: set. 2010.

⁵³ CHAGAS, Marcos. Ministro do STJ diz que redução de prazos e de recursos pode dar celeridade à justiça. **Agência Brasil**, Brasília, DF, 11 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2323550/ministro-do-stj-diz-que-reducao-de-prazos-e-de-recursos-pode-dar-celeridade-a-justica>>. Acesso em: set. 2010.

⁵⁴ INTERNACIONAL ORGANIZATION FOR STANDARTIZATION. Disponível em: <<http://www.iso.org>>. Acesso em: 23 set. 2010.

pelos modernos processos de realização de tarefas segundo um modelo ou, na sigla em inglês, de *standardization* para que alcance o zênite qualitativo.

Por que a padronização de procedimentos é tão relevante para o estudo da eficiência, em especial na prestação jurisdicional?

Padrões trazem uma enorme e positiva contribuição para a maior parte dos aspectos de nossas vidas. Os padrões asseguram características desejáveis de produtos e serviços como qualidade, sustentabilidade, segurança, confiança, eficiência e intercambialidade – e a um custo baixo. Quando os serviços e produtos atendem às nossas expectativas, tendemos a relevar esta padronização e nos tornar ignorantes no tocante ao papel da padronização. Entretanto, quando não há padrões, logo notamos. Então passamos a nos importar quando os produtos se apresentam como de baixa qualidade, não se encaixam [às nossas necessidades], são incompatíveis com equipamentos que já possuímos, não são confiáveis ou são perigosos. Quando produtos, sistemas, maquinário e aparelhos funcionam bem e oferecem a segurança esperada, é porque na maioria das vezes se adéquam aos padrões.⁵⁵

É válido alertar, portanto, que não se está falando de uma padronização no serviço público jurisdicional quanto à sua função *primária* ou *típica*, que é a decisão judicial. Esta é eminentemente discursiva, criativa e, evidentemente casuística. Faz parte do próprio princípio do Estado democrático de direito ter-se juízes livres para decidirem motivadamente os casos que lhes são apresentados. Não é crível nem desejável que se faça uma “catracalização” da decisão judicial. O que se assevera, porém, é que é possível, desejável e, na verdade, ordenado pela Constituição, que não apenas o Judiciário, mas todos os órgãos da Administração se tornem mais efetivos no desenrolar formal dos serviços que lhes cabem, o que só é possível com a *padronização* de procedimentos e métodos.

Isto porque esta organização do serviço permite que o Estado consiga obter da melhor forma os resultados que busca na consecução do interesse público. Daí porque, neste ponto, pode sim ser responsabilizado, quando não se atém à melhor prática gerencial na prestação física, concreta ou imediata do serviço (*in casu*, judiciário), sob a modalidade da *faute du service*, a ser explorada mais à frente. A padronização de procedimentos, todavia,

⁵⁵ “Standards make an enormous and positive contribution to most aspects of our lives. Standards ensure desirable characteristics of products and services such as quality, environmental friendliness, safety, reliability, efficiency and interchangeability - and at an economical cost. When products and services meet our expectations, we tend to take this for granted and be unaware of the role of standards. However, when standards are absent, we soon notice. We soon care when products turn out to be of poor quality, do not fit, are incompatible with equipment that we already have, are unreliable or dangerous. When products, systems, machinery and devices work well and safely, it is often because they meet standards.” (INTERNACIONAL ORGANIZATION FOR STANDARTIZATION. **About ISO:** the Iso system: discover ISO: why standards matter. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/about/discover-iso_why-standards-matter.htm>. Acesso em: 23 set. 2010).

não pode conduzir a desumanização do processo. O julgador deve ter em conta as angústias, os dramas pessoais, o valor que a parte atribui, ainda que inconscientemente, ao processo de seu interesse. Assim, a adoção de procedimentos operacionais padronizados (POP) não pode transformar o judiciário em uma linha de produção de decisões igualmente padronizadas e despidas das particularidades que o caso venha a requerer.

3.5 Necessário Aparelhamento Estatal

Outro alerta igualmente necessário é o de que não se pode culpar o magistrado ou o funcionário isoladamente pela prestação do serviço judiciário no Brasil. É evidente que, para poder prestar o serviço posto na Constituição, nos moldes por ela estabelecidos e aqui discutidos, os órgãos públicos precisam da correspondente adequação física e humana. Ou seja, são necessários os investimentos em equipamentos, em infra-estrutura e em pessoal de apoio aos magistrados para que possam fazer frente às demandas que lhes são apresentadas.

Outra não é a constatação senão a de que:

A primeira grande conquista do Estado Democrático de Direito é justamente a de oferecer a todos uma justiça confiável, independente, imparcial, e dotada de meios que a faça respeitada e acatada pela sociedade. [...] Por terem consciência de seus direitos à tutela jurisdicional, cada vez mais as pessoas passaram a ir à Justiça e a dela exigir a prestação que, de fato, correspondesse à função que as modernas constituições lhe atribuíam. Como os órgãos jurisdicionais disponíveis quase nunca se achavam servidos por pessoal, recursos e meios suficientes para o bom atendimento dos postulantes, logo tiveram início às insatisfações e reclamações dos jurisdicionados.⁵⁶

No voto do já mencionado Ministro Baleeiro, encontra-se que o Estado deve, “[...] com mais razão, responder por sua omissão ou negligência em prover efetivamente o serviço da Justiça, segundo as necessidades e os reclamos do jurisdicionados, que lhe pagam impostos e até taxas judiciárias específicas, para serem atendidos.”⁵⁷

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional**: insuficiência da reforma das leis processuais. Belo Horizonte, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 10 set. 2010.

⁵⁷ RE 32.518/RS.

3.6 Reserva do Possível

O Estado, porém, só pode realizar as ações que lhe são exigíveis valendo-se dos recursos que dispõe – e aqui se fala com maior atenção em relação ao erário.

Evidente que a prestação de qualquer serviço ou realização de qualquer obra pública depende de orçamento para tanto. O Estado precisa de dinheiro para arcar com os custos financeiros daquilo que propõe realizar – ou daquilo que é esperado que ele realize. Os publicistas portugueses, Canotilho e Vital Moreira, a nomeiam de “[...] reserva das disponibilidades da coletividade.”⁵⁸

Ora, em se tendo uma limitação monetária (pois o Estado não pode fabricar dinheiro a seu bel-prazer, sob pena de instabilidade financeira em forma de inflação), é certo que contará com recursos previamente conhecidos, e não poderá ultrapassar sua capacidade de pagamento. O dinheiro, ao final, não é dele.

Então, quando cobrados em suas atuações, trazem à baila, como matéria de defesa, a *reserva do possível*. Por ela, diz-se que o Estado só pode realizar os seus deveres dentro das suas possibilidades, numa argumentação *prima facie* lógica, racional e matematicamente aferível. Seria irresponsável de sua parte gastar além do que possuísse.⁵⁹

Entretanto, na lição do Ministro Humberto Martins:

A teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, tem sido utilizada constantemente pela administração pública como escudo para se recusar a cumprir obrigações prioritárias.

Não deixo de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada.

[...]

Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.

Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade (KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada* – construindo pontes entre o público e o privado, 2000, p. 41).

Ora, não se pode importar preceitos do direito comparado sem se atentar para as peculiaridades jurídicas e sociológicas de cada país. A Alemanha já conseguiu efetivar os direitos sociais de forma satisfatória, universalizou o

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 130.

⁵⁹ Este, inclusive, o mote da Lei Complementar n. 101, 2001 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

acesso aos serviços públicos mais básicos, o que permitiu um elevado índice de desenvolvimento humano de sua população, realidade ainda não alcançada pelo Estado brasileiro.

Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar uma existência digna. Por esse motivo é que o indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica.

Situação completamente diferente é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil. Aqui ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Neste caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial.

Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, *não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna*, entre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade.

Esse mínimo essencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade primeira do Poder Público. Somente depois de atendido o mínimo existencial é que se pode cogitar a efetivação de outros gastos.

Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político.⁶⁰

A jurisdição, à medida que serve para efetivar direitos fundamentais de primeira geração (vida, patrimônio, liberdade) por meio do *due process of law*, afasta a incidência desta “excludente” de responsabilidade.

Tem mais: a “reserva do possível”, em si, não é oponível ao serviço judiciário. Uma é a situação do Administrador que direciona as políticas públicas de acordo com o orçamento aprovado pelo Legislativo e, quando este ou aquele são cobrados por eventual falta em uma determinada área, estribam-se nas limitações financeiras. “Não se pode atender a tudo ao mesmo tempo”, alega-se.

Outra situação, porém, é a do Poder Judiciário. Esta tentativa de justificação não se aplica por expressa vedação constitucional: não poderá lei ou qualquer outra providência ou impedimento barrar a necessária manifestação judicial sobre as questões que

⁶⁰ STJ, 2ª T., AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. MIN. HUMBERTO MARTINS, julgado em 8 de junho de 2010, DJe 21 de junho de 2010. (grifo nosso).

lhes são trazidas.⁶¹ Dentro do possível ou do impossível, deverá julgar *todas* as ações, medidas, pleitos e pedidos que lhe forem apresentados. É a imagem do juiz *Hércules* de Dworkin⁶², numa outra abordagem mais gerencial.

Interessante notar esta característica *sui generis* do serviço da justiça. De fato, entende-se a cobrança por melhorias nos serviços em geral prestados à população e a correspondente contingência dos recursos financeiros estatais. Num exemplo prático, afirma-se o juízo de discricionariedade à disposição do chefe do Executivo, por exemplo, na escolha entre a construção de um hospital ou de uma escola. Sem ter verbas para a edificação de ambos, e tendo-se ambas as opções dentro daquelas que cumprem uma finalidade de interesse público, poderá eleger a que entender como prioridade, tudo dentro da mais estrita legalidade.

Imagine-se, porém, se um determinado cartório distribuidor dentro de um fórum recebesse a ordem de não mais distribuir novas ações para determinada vara por razões de acúmulo de serviço nesta. Um juízo com milhares de ações pendentes que, por isso, não poderia mais receber qualquer novo processo.

Teratologia? Numa análise perfunctória dentro da “reserva do possível”, não.

Porém, como é cediço, inadmissível no âmbito da prestação jurisdicional. Não importa se a secretaria da Vara tem processos espalhados pelos escaninhos, pelas mesas ou pelo chão, em pilhas. A continuidade do serviço público, especialmente o jurisdicional – eis que as lesões ou ameaças a direito não dormem nem esperam – não permite que se cogite numa situação destas. Aí, tocam-se as ações dentro da melhor forma possível, com a melhor das intenções e dentro das melhores expectativas, concretizáveis ou não. Nisto reside a especificidade do Judiciário, a trazer maior complexidade ainda no estudo de sua efetividade no desenvolvimento de seu mister. Como pode ser efetivo se a entrada (de serviço) está desvinculada a qualquer limite? Se há entrada maior do que saída, num mesmo espaço físico e temporalmente limitado, chega-se ao ponto de saturação. E, em não se podendo barrar o ingresso dos elementos externos que o preenchem... isto sim é trabalho hercúleo.

Sem a intenção de trazer soluções instantâneas, mas dada a especificidade do serviço judiciário conforme apontado, e em se tendo em vista a exasperação dos cidadãos perante os entraves na prestação deste serviço, poderia haver a vinculação da aplicação de determinada percentagem dos impostos ou de outras receitas tributárias na melhoria dos serviços judiciais, além dos emolumentos judiciais e outras fontes já

⁶¹ Art. 5º, XXXV, CF/1988.

⁶² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

existentes, as quais deveriam ficar no Judiciário (e não comporem o orçamento do Estado ou União, como é atualmente). Não se faz necessária majoração tributária, mas talvez vinculação de parte da receita, a exemplo do que ocorre com os serviços de saúde e educação públicas.

É proposta ousada, para ser analisada em outra ocasião, mas ressalva-se a característica própria do serviço judiciário, onde reside a última trincheira do cidadão na luta pela efetivação de seus direitos. Urgem melhores condições para o desempenho de tão nobre e necessário mister.

CAPÍTULO 4

RESPONSABILIDADE DO ESTADO-JUIZ

4.1 Responsabilidade do Estado

A idéia de responsabilidade evoca a raiz da palavra *respondere*, *responsabilitatis*, no sentido de responder, replicar, garantir-se ou obrigar-se em relação a atos cometidos.

Em um conceito mais amplo, a responsabilidade é a imputação a alguém pela prática de determinado ato. No âmbito deste trabalho, a responsabilidade da Administração na oferta procedimental deficiente de justiça.

Neste sentido:

Esse dois pontos – o fato e a sua imputabilidade a alguém – constituem pressupostos inafastáveis do instituto da responsabilidade. De um lado, a ocorrência do fato é indispensável, seja ele de caráter comissivo ou omissivo, por ser ele o verdadeiro gerador dessa situação jurídica. Não pode haver responsabilidade sem que haja um elemento impulsionador prévio. De outro, é necessário que o indivíduo a que se impute responsabilidade tenha a aptidão jurídica de efetivamente responder perante a ordem jurídica pela ocorrência do fato.¹

Em se tendo várias espécies de responsabilização (penal, civil e administrativa), delimita-se a abrangência do texto na vertente tida por *civil* ou reparatoria perante o administrado, quando a Administração, em exercício de função estatal ou a seu pretexto, impingê-lhe um dano moral ou material.

O vocábulo “civil”, adjetivando a responsabilidade aqui estudada, embora amplamente utilizada pela doutrina ou jurisprudência quando trata do tema, não é muito adequada.

Hoje em dia não se fala mais em responsabilidade *civil* do Estado tendo-se em vista tratar-se de um eufemismo apontado por Dromi quando preleciona que “[...] não se trata da clássica responsabilidade do Direito Privado, nem é tão pouco civil no sentido de reger-se pelas normas de dito código.”² Prefere-se a denominação *responsabilidade pública*, parecida, porém não idêntica, com o seu instituto-irmão privatístico.

Em sede de evolução no direito administrativo, o estudo da responsabilidade passou por profundas alterações, indo da irresponsabilidade do Estado por seus atos, passando pelas teorias civilistas com a responsabilização subjetiva (onde há perquirição da culpa *lato sensu*), até se chegar ao atual estágio das teorias publicistas sobre a responsabilidade objetiva,

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 591.

² DROMI, José Roberto apud TRUJILLO, Élcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. Leme: LED, 1996. p. 38.

em que se prescinde da análise de culpa para sua caracterização. Esta a regra geral, quando da imputação de ilícito ao ente estatal.

4.2 Escorço Histórico

A responsabilidade extracontratual do Estado foi erigida ao longo dos anos, passando de um extremo (irresponsabilidade) ao outro (responsabilização objetiva integral) por meio do repensar constante sobre as obrigações que este tem perante os súditos-cidadãos. Qual seria a melhor forma de se cobrar indenização pelos atos estatais? Aliás, estariam eles barcados por esta possibilidade?

Para Edmir Netto de Araújo, três foram as teorias de responsabilização do Poder Público: *teoria da irresponsabilidade ou regaliana*; *teorias civilísticas ou mistas*; e *teorias publicísticas*.³

4.2.1 Espécies de Responsabilidade Estatal

4.2.1.1 Irresponsabilidade ou teoria regaliana

Na primeira fase de responsabilização estatal, esta não era admitida. Por se ter um endeuamento do poder do soberano (mormente um rei), ou mesmo uma base racional hobbesniana para o ilimitado poder que dele emanava, seria a corporificação *do próprio Direito* e, portanto, impossível a imputação de erro a quem não erra (*the king can do no wrong* ou *le roi ne peut mal fair*).

No máximo, admitia a responsabilidade *pessoal* do agente público, pois o Estado só o é quando age dentro da lei. Só o funcionário poderia eventualmente extrapolar esse limite e, por isso, responderia, se o caso, pessoalmente. Nunca, porém, responderia o Estado, ente inexistente na realidade fática (por ser ficção jurídica, não teria vontade própria)⁴ e sempre em superioridade aos súditos. “Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.”⁵

Embora à primeira vista pareça abominável anacronismo, anote-se que apenas recentemente (historicamente falando) a teoria foi abandonada por nações desenvolvidas

³ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 745 et seq.

⁴ Ibid., p. 744.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 644.

como os Estados Unidos da América (*Federal Tort Claim*, de 1946) e a Inglaterra (por meio do *Crown Proceeding Act*, de 1947).

4.2.1.2 Teorias civilísticas

Num segundo passo, ao abandonar a teoria prévia da irresponsabilidade, produziu-se, na esteira do pensamento liberal, a ideia da responsabilização tal qual existente no Direito Privado, mesmo para pessoas jurídicas como o Estado, porém, com algumas alterações nas disposições de direito civil.

4.2.1.2.1 Teoria dos atos de império e atos de gestão (com culpa civilística)

Diferenciando atos comuns, ligados à esfera civil (como contratos ou alienações), de atos de império (requisições administrativas ou exercício da defesa das fronteiras), surgiu a *teoria da responsabilidade estatal atrelada à culpa do agente público responsável pelo ato lesivo*, tão-somente para o primeiro caso.

Em outras palavras, toda vez que o Estado realizasse um ato de gestão poderia ser chamado à responsabilidade, o que não seria possível quando no exercício de poder advindo de soberania. Então, caso lesionasse um particular num contrato (por exemplo, na inadimplência com um concessionário de serviço público), a potestade pública seria responsabilizada, tal qual seria um particular naquela mesma situação.

Não poderia, porém, ser chamada à responsabilidade caso seu se originasse do exercício do poder soberano, em escape do domínio do Direito Privado e, por se colocar acima de todos, irresponsável. Como no caso de declaração de guerra, em se tendo dano a um particular-súdito (como certamente haveria de ocorrer), não se poderia pensar em responsabilizar-se o Estado pelo infortúnio.

Mesmo na possibilidade da indenização – no campo de atuação privatística do Estado –, o particular ainda teria de provar a *culpabilidade* do funcionário estatal faltoso.

A crítica a tal teoria foi a de que para o particular, não importava se a conduta lesiva advinha de um ato de império ou de gestão: seu prejuízo, injustamente sofrido, em nada seria alterado por isto. Ademais, “[...] a conceituação das diferenças entre atos de império e gestão não é fácil, nem doutrinariamente tranquila, e será comum a colocação de atos de uma, noutra categoria.”⁶

⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 747.

4.2.1.2.2 Teoria da culpa civil

Em se tendo tais empecilhos para a responsabilização do Estado, passou-se para a teoria da culpa civil, recaindo esta sobre a ação do funcionário, quando atuando em nome do Estado, pela teoria do órgão⁷, nos casos de conduta culposa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia), que causassem prejuízo ao particular.

Procura, ainda, a teoria da culpa civil estabelecer várias e inoperantes distinções (para este tema) entre as modalidades de culpa, como a ‘culpa de serviço’ (ato danoso impessoal, imperícia do agente), a ‘culpa pessoal’ (negligência ou imprudência do agente), ‘culpa in eligendo’ (não imputável à Administração que, para nomear seus funcionários, é obrigada a cumprir as determinações legais para o provimento: sendo assim, já cumpriu sua obrigação, no processo de escolha), ou a ‘culpa in vigilando’ (se a Administração cumpriu as exigências legais para a vigilância, verificação e controle das atividades de seus agentes não pode ser responsabilizada).

[...]

Assim, o ente público Estado (síntese de todos os administrados representados) arcará com o ônus do prejuízo causado por ato ou omissão de seu agente, pois não seria justo que somente o administrado que sofreu o dano o faça, uma vez que o ato danoso foi praticado (ou omitido) em nome do Estado e por agente seu.⁸

Traz consigo a excludente do direito civil ao asseverar que “caso não se prove que o agente público agiu com imprudência, negligência ou imperícia (ou dolo, é claro), não haverá reparação, pelo Estado”.⁹ Assim, também carrega os mesmos problemas fáticos da prova da ação dentro da competência do agente e, ainda mais, da culpa *lato sensu* do agente estatal nesta atuação.

Como se vê, é muito semelhante à doutrina da indenização do dano por culpa do direito civil, tendo mudado, em relação à teoria civilística da responsabilidade por culpa, apenas a natureza do fundamento da obrigatoriedade estatal de indenizar, que passa então a ser o princípio (de Direito público) da solidariedade patrimonial da coletividade frente ao ressarcimento do dano causado ao administrado, pelo órgão que representa essa mesma coletividade.¹⁰

⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 52.

⁸ Ibid., p. 747.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid., p. 89.

A forte influência do Direito Privado sobre esta espécie de responsabilidade tornava injusta a forma de recomposição do patrimônio lesado do particular. Exigir-se da vítima, justamente a parte mais frágil e submissa da relação cidadão-Estado revelava-se deveras iníqua.

Tome-se, por exemplo, a relação privatística de consumidor-fornecedor, onde se reconhece a hipossuficiência jurídica do primeiro em relação ao segundo (art. 4º, I, do Código Consumista)¹¹, quanto mais do cidadão, também usuário dos mais diversos serviços públicos, em relação ao gestor destes serviços, o hobbesniano Estado.

Ora, se naquele sistema é prevista a “[...] facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor” nas condições previstas em lei (art. 6º, VIII), numa relação tipicamente privada, quanto mais deveria sê-lo na esfera pública, que lida com interesses públicos e diretamente ligados ao próprio funcionamento do Estado na sociedade em que se insere.

4.2.1.3 Teorias publicísticas

Por causa destes empecilhos, começa-se a caminhar para as teorias publicísticas que, conforme é do próprio Direito Administrativo, derogam determinadas regras de Direito Privado para que se adeque ao regime público.

Não é por demais lembrar que o Estado representa a todos e busca realizar o bem comum, diferentemente dos particulares que se tem em mente quando das regulamentações privadas. Assim, a supremacia do interesse público sobre o privado e a repartição dos ônus sociais devem estabelecer regime de responsabilização adequado ao dano causado pelo Estado.

Então, nascem no Conselho de Estado francês (*Conseil d’Etat*) as primeiras orientações no sentido de se criar uma novel espécie de responsabilização patrimonial, única para a responsabilização do Estado. Em antecedentes como os casos *Rotschild* (1855), *Pelletier* (1873), *Feutry* (1908) e principalmente *Blanco* (1873), começa a se desenhar um regime especial de responsabilidade estatal.

¹¹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...].

Na narrativa de Di Pietro¹²:

[...] a menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi colhida por um vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo¹³, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.

A partir deste precedente, a teoria da responsabilidade estatal, embora ainda com resquícios privatísticos, destaca-se como autônoma em relação a este, criando-se duas correntes.

4.2.1.3.1 Teoria da culpa administrativa

Nesta teoria, traz-se a ideia de uma culpa não individualizada ou *anônima*, que recai sobre o próprio serviço, e não sobre um agente individualizável. “Distingua-se, de um lado, a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, e, de outro, a culpa *anônima do serviço público*; nesse caso, o funcionário não é identificável e se considera que o serviço funcionou mal.”¹⁴

Aqui ocorre o deslocamento do centro de fundamentação da responsabilidade, que deixa de ser um agente público específico e sua culpa subjetiva, para ser a perquirição do funcionamento defeituoso, extemporâneo ou inexistente do aparelho administrativo abstratamente considerado. O objeto central de análise é a perfeição e continuidade do serviço.¹⁵

Assim, era suficiente a comprovação do mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível apontar o agente que o houvesse provocado. Cabia, ainda assim, ao administrado a prova da “culpa”, mas não a culpa vulgar do direito civil, com a declinação de pessoa física investida em função pública. Na verdade, bastaria tão-somente a

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 645.

¹³ Não é por demais lembrar que, diferentemente do Brasil, de sistema de contencioso único, na França e em todos os países de tradição continental há dois sistemas: o contencioso privado e o administrativo quando o Estado está envolvido na querela.

¹⁴ DI PIETRO, 2010, op. cit., p. 646.

¹⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 750.

comprovação da “falta” ou da inadequação do serviço público prestado para que pudesse ser ressarcida.

Nisto, porém, residiu a crítica da doutrina: ainda se exigia muito da vítima ao se estabelecer que o ônus da comprovação deste elemento culpa seria seu, ainda que uma culpa “anônima” ou do serviço considerado como um todo.

Cabe salientar neste momento que a jurisprudência pátria, em não poucos julgados, não tem entendido desta forma, colocando-a dentro da teoria civilista da responsabilidade, atribuindo-lhe caráter subjetivo¹⁶, talvez por força do vocábulo “culpa”.

Não se concorda com tal linha de raciocínio, com a devida vênia, porque conforme já apontado, aqui se trata de outra espécie de “culpa”. Não há a idéia de imprudência, negligência ou imperícia do Direito Privado. Estes precisam necessariamente ser extraídos de uma conduta humana individualizável. Aqui, de forma diversa, prescinde-se de tal declinação. A “culpa” é do serviço, não do servidor. Por isso é “anônima”, *sem nome*, literalmente. É o que basta para excluí-la da esfera da culpa civilística do direito civil.

A confusão advém do termo equívoco “culpa”. A tradução “*faute*” direta para o português trouxe este inconveniente de não diferenciar culpa civil e administrativa, em se admitindo ambas.¹⁷

¹⁶ Com exemplo, segue decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na Apelação Cível de n. 352354, no processo n. 1999.51.10.752888-0, de relatoria do Desembargador Federal Fernando Marques, publicada no DJU aos 23.08.2005: “RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ART. 37, §6º DA CF. OCORRÊNCIA DE FATO ADMINISTRATIVO, NEXO CAUSAL E DANO. OMISSÃO. TEORIA DA CULPA ANÔNIMA OU FALTA DE SERVIÇO. CASO FORTUITO. EXCLUSÃO DE NEXO CAUSAL. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE.” Da exegese do texto constitucional transcrito, depreende-se que o constituinte elegeu, como fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, a teoria do risco administrativo, que limita a responsabilidade do Estado às hipóteses em que houver relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo administrado, dispensando, assim, a prova da culpa do agente público no exercício da atividade. Portanto, para caracterizar a responsabilidade objetiva do Estado, três requisitos devem estar presentes: fato administrativo, dano e nexo causal. - No presente feito, o óbito do marido e pai dos apelados não foi causado por nenhuma ação de qualquer agente público do Estado. Com efeito, não se aplica a regra geral da responsabilidade objetiva, mas *sim a responsabilidade subjetiva (teoria da culpa anônima ou falta do serviço)*, quanto se tratar de conduta omissiva, devendo ser comprovada a culpa da Administração, ou seja, devendo ser comprovado que a Administração atuou de forma deficiente, contribuindo decisivamente para o evento danoso. - Na presente hipótese, o evento danoso se deu pelo ingresso repentino de animal na rodovia, o que levou ao óbito do marido e pai dos apelados. A Administração Pública não pode ser responsabilizada pela ocorrência de caso fortuito, em função da inevitabilidade do fato ocorrido, do qual não é razoável se exigir o controle. Ademais, tendo em vista que não ficou configurado que a Administração tenha ocasionado o dano, seja por ação ou omissão, não há nexo causal entre a conduta da Administração e o dano, o que afasta a responsabilidade civil e o dever de indenizar. - Em relação à condenação em honorários, mostra-se adequada mesmo com o deferimento da gratuidade de justiça, defendendo apenas sua execução ser sobrestada, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50. - Recurso e remessa necessária parcialmente providos.” (grifo nosso).

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1012. Vide também o item 4.5.1, p. 83.

4.2.1.3.2 Teoria do risco administrativo

Outra corrente, desviando-se da culpa, busca explicar a modalidade de responsabilidade da Administração por outra via, chamada de “teoria do risco administrativo”.

Segundo Diógenes Gasparini¹⁸:

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

Porém, ressalva o mesmo autor:

Esse rigor é suavizado mediante a prova, feita pela Administração Pública, de que a vítima concorreu, parcial ou totalmente, para o evento danoso, ou de que este não teve origem em um comportamento do Estado (foi causado por um particular). [...] Nessa permissão para o Estado provar que não foi o causador do dano ou que a culpa cabe à vítima está a diferença entre a *teoria do risco integral* e a *teoria do risco administrativo* [...].¹⁹

Nesta vertente já se pode identificar com mais clareza a responsabilização *objetiva* da Administração, ao afastar num primeiro plano a figura da culpa para a imputação de responsabilidade. Estabelece-se como uma forma de repartir os ônus e encargos da vida em sociedade porque, se todos são os beneficiados em tese pela atuação estatal na realização do interesse público, não é justo que apenas alguns fiquem com os incômodos que advenham da intervenção do Estado.

Então, provando-se a relação de causalidade entre conduta da administração e o dano sofrido pelo administrado, configurada estaria a responsabilidade do Estado.

Todavia, conforme dito, há a possibilidade de a Administração se eximir de responder pelo ocorrido caso comprove fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior, e fato exclusivo de terceiros.

¹⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1047.

¹⁹ Ibid. (grifo do autor).

4.2.1.3.3 Teoria do risco integral

Por último, na corrente do “risco integral”, não há possibilidade de qualquer exclusão de responsabilidade. O Estado responde ainda que por fato da própria vítima, numa modalidade extremada da responsabilidade pelo risco.

Muitos autores falam da “iniquidade”²⁰ a que esta teoria acaba levando, dizendo mesmo que não foi e nem poderia ter sido adotada no Brasil, pois sem o nexo de causalidade necessário entre conduta e dano, não há como se imputar responsabilidade ao Estado sem incidir em abuso.

Todavia, não é difícil encontrar na doutrina e na jurisprudência afirmação no sentido que a responsabilidade pública pode variar da vertente subjetiva até a integral²¹, tudo a depender da análise empírica e pontual de cada caso concreto, à luz de eventual legislação reguladora do caso.

Para fins didáticos, traz-se o arremate do discutido via acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, colacionando o que decidira o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim discorre:

Importante recordar que são três as teorias conhecidas sobre a responsabilidade civil do Estado: teoria da culpa administrativa (exige-se a falta do serviço), teoria do risco administrativo (exige-se o fato do serviço) e teoria do risco integral (obrigação do ente estatal em indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiro, mesmo com culpa exclusiva deste).

Para a responsabilidade civil objetiva, estando presentes os requisitos, o Estado indenizará. Para tanto, a ação do agente que causou o dano deve ser comissiva, ou seja, só terá responsabilidade o poder público, se o agente fez algo.

A responsabilidade civil objetiva ocorrerá somente diante de uma ação. A teoria do risco integral não é aceita no Brasil. Há dois casos, contudo, que se pode pensar que ela existe no ordenamento brasileiro: dano nuclear e dano de acidente aéreo decorrente de ato terrorista.

Quanto à teoria da culpa administrativa ou responsabilidade civil subjetiva, para sua ocorrência, é necessário o dano, a conduta, a culpa ou dolo, e o nexo causal. Se o dolo ou a culpa não estiver presente, inexistirá responsabilidade. (RESP 980.844/RS, 1ª Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 19 mar. 2009).

²⁰ Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 255; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 89.

²¹ A responsabilidade integral é uma exacerbação da responsabilidade objetiva, que corresponde à imposição do ônus reparatório ao Estado em qualquer situação, ainda que em culpa exclusiva da vítima. Dada sua abrangência, é duramente criticada pela doutrina (Cf. GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1047).

Essa espécie de responsabilidade gera obrigação patrimonial para a administração, vale dizer, a situação será re-equilibrada com o pagamento de determinada quantia em dinheiro como forma de indenização pelos danos causados, ou seja, “de ordem pecuniária”.²²

4.3 Histórico Constitucional no Brasil

Na primeira Constituição brasileira (1824) trazia-se primeiramente a responsabilidade (ou irresponsabilidade) individual daqueles que ocupassem determinados casos. De fato, assegurava-se ao Imperador, na esteira do mencionado supra (*the king can do no wrong*), que “[...] a pessoa do Imperador [seria] inviolável e sagrada: ele não [estaria] sujeito a responsabilidade alguma” (art. 99). Rechaçava-se, assim, qualquer possibilidade de se responsabilizar o detentor do Poder Moderador, por qualquer ato que fosse. Havia, ainda, outras hipóteses de exclusão de responsabilidade, tais quais durante eventual Regência (art. 129) ou de atos de Ministros, para todos aqueles que não fossem expressamente ressalvados (art. 133).

Em relação ao Poder Judiciário, ainda que fosse declarado como independente (art. 151), não estava a salvo da ingerência do Poder Moderador: embora o artigo 153 já garantisse aos magistrados a vitaliciedade, não ocorria o mesmo com a inamovibilidade²³, passando o artigo seguinte, na primeira parte, a declarar que “[...] o Imperador [poderia] suspendê-los por queixas contra eles feitas, precedendo audiência dos mesmos Juízes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado”, ressalvando, no próximo, que “[...] só por sentença [poderiam] estes Juízes perder o lugar”.

No tocante à responsabilização dos magistrados e oficiais de justiça, dizia-se serem estes “[...] responsáveis pelos abusos de poder e prevaricações que [cometessem] no exercício de seus Empregos”, deixando-se esta responsabilização a ser efetivada por meio de “Lei regulamentar” (Art. 156). Ou seja, poderiam ser pessoalmente responsabilizados pelos atos realizados no exercício de suas funções, mas sem qualquer regresso ou subsidiariedade estatal.

Por fim, na disposição do art. 179, XXIX, lia-se que: “Os empregados públicos [seriam] estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis os seus subalternos.” Novamente,

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 642.

²³ “Os juízes de Direito serão perpétuos, o que todavia se não entende que não possam ser mudados de uns para outros lugares, pelo tempo e maneira que a Lei determinar.”

deixa-se clara irresponsabilidade do Estado, trazendo tão-somente a previsão da responsabilidade de agentes públicos que não os excluídos por disposições especiais, conforme visto, na forma da responsabilização individual e privatística. Essa a orientação da primeira Constituição brasileira.

Mais tarde, com a proclamação da República, na Carta de 1891, alteram-se algumas disposições. Além da garantia não excepcionada de independência entre os “poderes” (art. 15) e vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos expressamente previstos para os juízes federais de então (art. 57 e seu §1º), em seu artigo 82, *caput*, lê-se: “Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelas obras e omissões que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.” Repete-se a responsabilidade pessoal do agente nos moldes privados, com necessária imputação de dolo ou culpa.

Todavia, altera-se o paradigma da total irresponsabilidade Estatal para a responsabilização do Estado em determinadas situações. É exemplo a formação de um fundo estatal de garantia para ressarcimento de vítimas de inscrições equivocadas de imóveis ou direitos reais, após prejuízo comprovado judicialmente (art. 61, §1º, do Decreto 451-B, de 1890). Aqui, o próprio Estado indenizaria o lesado de forma direta.

De modo semelhante vem a Lei nº 221/1894, que versa sobre a organização da Justiça Federal, em seu art. 13, de grande relevância para este estudo:

Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União.

§ 1º As acções desta natureza sómente poderão ser propostas pelas pessoas offendidas em seus direitos ou por seus representantes ou successores.

§ 2º A autoridade administrativa, de quem emanou a medida impugnada, será representada no processo pelo ministério publico. Poderão tomar parte no pleito os terceiros que tiverem um interesse juridico na decisão da causa.

§ 3º A petição inicial conterá, além dos nomes das partes, a exposição circunstanciada dos factos e as indicações das normas legaes ou principios jurídicos, *de onde o autor conclua que um seu direito subjectivo foi violado por acto, medida ou decisão da autoridade administrativa.*

[...]

§ 7º A requerimento do autor, a autoridade administrativa que expediu o acto ou medida em questão suspenderá a sua execução, si a isso não se opuseram razões de ordem publica.

[...]

§ 9º Verificando a autoridade judiciária que o acto ou resolução em questão é illegal, o annullará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor.

a) Consideram-se illegaes os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o

merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade;
 b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionario sómente será havida por illegal em razão da incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder.²⁴

Agora já há a sinalização de uma responsabilização mais ampla do Estado pelos atos (“actos ou decisões”) que venham a causar prejuízo ao administrado, independentemente da responsabilidade do agente público de quem houvesse emanado o ato. Já nos primórdios do regime republicano tem-se esta nova possibilidade.

Todavia, cabe ressaltar novamente que algumas das hipóteses ventiladas no artigo mencionado falam sobre erro ou ilegalidade advindos da aplicação equivocada da lei, o que não é objeto deste trabalho. De novo, analisa-se a prestação jurisdicional como serviço público que deve ser eficiente, e não a justiça da decisão, a qual deve ser atacada pela via recursal processualmente designada para tanto.

Após, na Carta de 1934 surge a *solidariedade*²⁵ entre funcionários públicos e Fazenda “[...] por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos” (artigo 171, *caput*), repetindo-se tal disposição na “Polaca” de 1937 (artigo 158, *caput*). Fica clara a responsabilidade subjetiva (dos agentes) e solidária com o Estado, avançando-se lentamente na idéia que desembocará na responsabilidade objetiva estatal na Carta de 1988. De qualquer modo, aqui ainda é a ideia primária de responsabilização por dolo ou culpa na atuação equivocada do Estado.

A adoção da teoria objetiva de imputação chega constitucionalmente com a Carta de 1946, dispondo na norma de seu artigo 194 que “[...] as pessoas jurídicas de Direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”, estabelecendo no parágrafo único que caberia “[...] ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando [tivesse havido] culpa destes.” Por só trazer a investigação de dolo ou culpa no caso da regressão, “[...] é porque não [quisera] fazer a mesma exigência para as pessoas jurídicas.”²⁶

²⁴ BRASIL. Lei nº 221, de 30 de novembro de 1894. Completa a organização da Justiça Federal da Republica. **Coleção das Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 30 nov. 1894. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1851-1900/L0221.htm>. Acesso em: 2010.

²⁵ Porém, faz a ressalva de que no período das Constituições de 1824 e 1891, “[...] havia leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, acolhida pela jurisprudência como sendo *solidária* com a dos funcionários; era o caso dos danos causados por estrada de ferro, por colocação de linhas telegráficas, pelos serviços de correios.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 648. grifo do autor).

²⁶ *Ibid.*, p. 649.

Na Constituição seguinte (1967 e Emenda Constitucional n. 1, de 1969), adiciona-se a expressão “dolo ou culpa” no caso da ação regressiva.

Por fim, na Magna Carta de 1988, tem-se a atual redação do artigo 38, §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.”

4.4 Elementos da Responsabilidade

Conforme preleciona Sérgio Severo, são elementos ínsitos ao dever de indenizar: o *dano*, que é a lesão que origina a obrigação jurídica do restabelecimento do *status quo ante*; e o *liame causal* ou nexos de causalidade, que nada mais é do que a relação de causa-efeito entre a ação ou omissão e o resultado danoso.

Na linha da mesma doutrina, há outros elementos que variam na configuração do dever de ressarcimento: a *ilicitude* da ação ou omissão (pois há vezes em que mesmo uma ação lícita não afasta a obrigação de indenizar); e o fator de imputação, ora subjetivo (quando o Estado se porta como particular), ora objetivo.²⁷

4.4.1 O Dano

A definição de dano para o Direito é a de lesão sobre interesse juridicamente resguardado. No *praecepta juris* de Ulpiano, *alterum non laedere*.²⁸

O Código Civil, em seu art. 186 aduz que comete ato ilícito àquele que “violar direito e causar dano”. Ou seja, dentro da idéia de ofensa a direito está a de ocorrência de dano. Por isso, só é possível dano quando há objeto (bem corpóreo ou interesse) passível de lesão.

Severo alerta, porém, que não há identidade entre o dano (lesão) e o fenômeno físico, exemplificando com a ausência de proteção jurídica ao ladrão que não recebe sua parte do produto da ação delituosa.²⁹ No campo do Direito Civil, o dano moral é bom exemplo. A dor, a angústia, o sofrimento são consequências, mas não são o dano ontologicamente: este se projeta no passado em relação aos sentimentos que lhe seguem.

²⁷ SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 185.

²⁸ NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 114.

²⁹ SEVERO, op. cit., p. 188.

O dano ainda pode ser classificado como patrimonial ou extrapatrimonial. O primeiro caracteriza-se pelo prejuízo econômico-financeiro que a vítima sofre, aferíveis de imediato ou em projeção no futuro, o que a doutrina civilista chama de “danos emergentes” e “lucros cessantes”. Já o dano extrapatrimonial é o que atinge interesses sem expressão econômica, porém relevantes no campo moral do direito, tais como a vida, a integridade física e psicológica, a autoria de uma obra etc.

Outro ponto relevante é o da *anormalidade* do dano. É verdade que o direito limita as ações humanas, justamente para garantir a harmônica convivência social. Porém, para garantir essa convivência é necessário limitarem-se direitos individuais em prol do bem coletivo, no que se designa a distribuição equânime dos encargos sociais (por exemplo, as limitações administrativas). Quando, porém, há um sacrifício anormal de um direito, coletivo *lato sensu* ou individual, surge a necessidade de se restabelecer o equilíbrio perdido, por uma compensação, em regra, patrimonial.³⁰

Daí porque a expressão de *funcionamento anormal da prestação jurisdicional*, o qual ocorre no momento em que não se concretiza a expectativa trazida pelo ordenamento jurídico, lesando legítima pretensão do usuário deste serviço. De forma mais palpável, o dano ocorre quando v.g. uma petição não é juntada por incúria do cartorário, há uma declaração de revelia e a defesa do contestante fica seriamente prejudicada. O mesmo ocorre quando um oficial de justiça penhora um veículo que não pertence ao devedor.

O dano deve ser certo e determinado ou, nas palavras de René Chapus³¹, o dano deve ser “[...] real e efetivo e não puramente eventual ou hipotético”. Pode até ser futuro (a exemplo do *lucrum cessans*), porém, comprovável pelo liame dos acontecimentos, como será visto no próximo tópico. Sumariza Diógenes Gasparini que o dano só é reparável pela Administração Pública causadora do evento danoso se

[...] além de *certo* e *atual*, [for] *especial* (individualizado, referível à vítima), *anormal* (em relação aos encargos comuns à vida em coletividade), referente a situações protegidas pela *ordem jurídica* (não se indenizam prejuízos decorrentes de atividade ilícita do administrado) e de valor *economicamente* relevante (não é racional indenizar o prejuízo ínfimo ou irrisório).³²

³⁰ Pelo sistema de economia capitalista, a pecúnia se torna o instrumento mais eficaz para a recomposição, indenização ou ressarcimento por um dano, tendo em vista a expressiva capacidade de permuta do dinheiro por bens ou serviços que visem à recomposição do patrimônio atingido, ainda que sem valor econômico direto.

³¹ CHAPUS apud SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 89.

³² ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 769. (grifo do autor).

Como já disse José Cretella Júnior³³, “não há responsabilidade sem prejuízo”.

No caso específico do dano estatal, a diferenciação entre o dano comum (por ato ilícito) e o dano advindo de uma conduta lícita tem relevância no plano dos requisitos. Para que se caracterize a responsabilidade do Estado em dano lícito, é mister que, além dos requisitos do dano por conduta ilícita (certeza, atualidade ou projeção exata no futuro, e desrespeito a um comando jurídico), haja também a especialidade (não generalidade) e anormalidade (que transborda aos limites de meros inconvenientes do próprio serviço).³⁴

4.4.2 O Nexo de Causalidade

Não basta apenas dano advindo de uma conduta (comissiva ou omissiva), mas que haja um liame entre os dois elementos vale dizer, *aquele* ato resultou *naquele* dano, de forma direta. Sem esta ligação, tornam-se fatos distintos, sem consequência algum de um sobre o outro. Desligados entre si, eis que ausente a conexão entre ambos. Poder-se-ia dizer que, neste caso, não há nem causa e nem consequência: são ocorrências isoladas.

Como se discute o dano causado pelo Estado na prestação jurisdicional, é necessário que o dano (ilícito) reclamado advenha de um serviço público, ainda que lícito (como é o caso da atividade judicante). Siqueira³⁵ arremata: “[...] exige-se, porém, a presença de um nexo causal entre o dano e a atividade ou omissão da Administração Pública, ou de seu nexo com o ato do funcionário, mesmo que lícito ou regular”. Assim, “[...] demonstrado o liame causal, a decorrência do dano à causa da atividade ou omissão da Administração Pública, ou de seus funcionários, exsurge daí o dever de indenizar (RT, 484:68, 539:174).”

4.4.2.1 Causas excludentes e atenuantes

Uma vez que o nexo causal é fundamento para a responsabilização do Estado, quando se comprova que a conduta não gerou o prejuízo imputado, descaracteriza-se possível responsabilidade.

São três excludentes: força maior culpa exclusiva da vítima e culpa de terceiros. Tem-se por força maior uma ocorrência externa ao fato, irresistível ou invencível

³³ CRETILLA JÚNIOR apud TRUJILLO, Élcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. Leme: LED, 1996. p. 98.

³⁴ TRUJILLO, Élcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. Leme: LED, 1996. p. 123.

³⁵ SIQUEIRA, Bruno Luiz Weiler. **O nexo de causalidade na responsabilidade patrimonial do Estado**. Disponível em: <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud6/nexo.htm>>. Acesso em: jun. 2010.

pelo homem e, em regra, imprevisível (pode haver casos que, embora previsíveis, ainda assim serão irresistíveis ou inevitáveis, como terremotos).

Os eventos naturais são exemplos correntes desta espécie. Porém, cabe lembrar a lição de José Carlos de Oliveira que, citando cidades com problemas regulares de enchentes nos já conhecidos períodos de chuva, não há mais a imprevisibilidade, o que afasta a argumentação de força maior e pode levar o Estado a responder pelos danos ocorridos no evento.

Outro é o caso de chuvas torrencialmente recordes, históricas, as quais, superando todas as expectativas, superam em muito as previsões e, por isto só, são imprevisíveis e irresistíveis. Aí então surge a força maior que afasta o nexo de causalidade.

Difere do *caso fortuito*, que, embora imprevisível, advém de conduta humana (não da natureza) e, para a maior parte dos administrativistas, *não afasta* o nexo de causalidade. Nos dizeres de Di Pietro³⁶:

Já o *caso fortuito* – que não constitui causa excludente da responsabilidade do Estado – ocorre nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da Administração; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros, não se pode falar em força maior, de modo a excluir a responsabilidade do Estado.

Faça mister verificar se: quanto à prestação jurisdicional, podemos dizer que são invocáveis o caso fortuito ou a força maior?

No primeiro caso, tem-se que o Estado, por mais gigantesco que seja, não pode se sobrepor àquilo que lhe é superior. Não à toa, na doutrina inglesa, a força maior é tida por *acts of God* (atos de Deus) que, por definição teológica, adviriam do Todo-Poderoso, irresistíveis pelo engenho humano.

No segundo caso, porém, em se tendo um caso fortuito, advindo de conduta humana, ainda que não identificável, razão assiste à doutrina supramencionada.

Isto porque as relações ocorridas dentro do deslinde da causa, onde o Estado será chamado a intervir com poder de império, em manifestação soberana – como é o caso da determinação judicial, da requisição pelo juízo e das ordens emanadas dele –, se algo dentro deste contexto, que não força maior, tenha ocorrido, o Estado deverá arcar com as consequências, não podendo eximir-se da futura responsabilização, mas sem prejuízo do regresso, caso consiga localizar o ente primeiramente causador da irregularidade. Para efeito

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 652.

de responsabilidade estatal, não caberá inquirir se o fortuito é externo ou interno à atividade jurisdicional, pois esta é substitutiva à vontade das partes e absolutamente irresistível.³⁷

4.4.3 Antijuridicidade (ou *Ilicitude*)

No caso do exercício da função pública, o Estado pode vir a causar dano a terceiro *com o fito de resguardar um interesse público* (princípio da supremacia do interesse público e da repartição dos encargos sociais). Por isso, o Estado deve indenizar quando causar dano advindo de ato ilícito (o que segue a mesma linha de pensamento da reparação pelos atos ilícitos no Direito Privado) quanto pelo ato lícito que, embora não sendo ilegal, pode vir a impor um sacrifício exagerado ao administrado.

Em Élcio Trujillo³⁸:

12. Para o ressarcimento dos danos advindos de atividades ilícitas são necessárias a observância das seguintes características: a) certeza e não eventualidade, podendo, entretanto, ser o dano atual ou futuro; b) ser gravoso a um direito ou, pelo menos, a um interesse legítimo.

[...]

15. Para os danos advindos de atividades lícitas são necessárias, além das características já enumeradas para os decorrentes de atividades ilícitas, a demonstração de sua especialidade (não generalidade) e de sua anormalidade (excedente aos inconvenientes inerentes ao funcionamento de um serviço).

Então, para o ressarcimento por danos lícitos são apenas acrescidos alguns elementos aos da responsabilidade por dano ilícito.

É possível que algum dano decorra da lícita prestação jurisdicional? A resposta é no sentido positivo, nos mesmos moldes apontados pelo autor mencionado, conforme se verá.

4.4.4 Fator de atribuição

Tendo a responsabilidade nascido na esfera do Direito Privado, veio influenciada pela ideia de culpa *lato sensu* (dolo, imprudência, negligência e imperícia), o que se configura como fator de atribuição *subjetivo* (do latim *subjectivu*, “que diz respeito ao sujeito”), perquirindo-se sobre a intenção do agente na conduta.

³⁷ Cf. a discutível r. decisão no Recurso Especial de n. 726.371/RJ, de Rel. do Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA.

³⁸ TRUJILLO, Élcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. Leme: LED, 1996. p. 123.

Porém, mesmo no campo privado, por dificuldade da prova desta intenção, foi-se admitindo paulatinamente um abrandamento desta característica até desaguar no chamado fator de atribuição *objetivo*, o qual prescindiria da análise deste comportamento volitivo do sujeito.

Em relação à responsabilidade pública, lembrando Severo:

[...] a tendência à objetivação da responsabilidade pública, como cláusula geral expressiva do princípio de responsabilidade no plano do Estado Social de Direito, com previsão nos Textos Constitucionais, não exclui a influência da culpa, seja ela objetivada por um *standart*, como na consagrada noção de funcionamento anormal do serviço (*faute du service*), ou, excepcionalmente, admitindo o regime subjetivo quando a ação seja de caráter nitidamente privado, por força do princípio da isonomia.³⁹

Porém, conforme já indicado, esta “culpa” no regime público é a *culpa administrativa* verificável nas hipóteses da *faute du service* (mau funcionamento, funcionamento tardio ou inexistência do serviço), o que a distingue da culpa civilística, não perquirindo qualquer intenção ou vontade do agente público quando, nessa qualidade, atinge o patrimônio (material ou imaterial) de terceiro. Assim, o fator de atribuição subjetivo foi lentamente sendo modificado para o regime objetivo, tendo-se por base a teoria do risco administrativo e a distribuição isonômica dos encargos públicos.

Novamente: o fator objetivo de atribuição requer, *a priori*, a presença de um dano ligado a uma conduta estatal por meio de um nexo de causalidade, enquanto no fator de atribuição subjetivo, a responsabilidade só ficaria caracterizada se, além destes pressupostos, tivesse-se as figuras do dolo, da imprudência, da negligência ou da imperícia humanas. Muitos usam esta ideia para distinguir a responsabilidade subjetiva da objetiva. Todavia, não houve uma total abolição da ideia de culpa na responsabilidade objetiva, como poderiam argumentar alguns. Há ainda, mesmo no regime publicístico de responsabilização objetiva, uma culpa “objetivada por um *standart*, como na consagrada noção de funcionamento anormal do serviço (*faute du service*), ou, excepcionalmente, admitindo o regime subjetivo quando a ação seja de caráter nitidamente privado por força do princípio da isonomia”.⁴⁰

Quando essa “culpa” é verificada? Quando o serviço *inexiste, funciona mal ou funciona tardiamente*. Em outras palavras, quando ocorre a *faute du service*, a ser explorada com maior profundidade mais adiante.

³⁹ SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 236. (grifo do autor).

⁴⁰ Ibid., p. 236. (grifo do autor).

4.5 Responsabilidade Estatal por Ato Judiciário

A responsabilidade patrimonial do Estado por atos emanados do poder judicial, via de regra, não tem sido acolhida nos nossos tribunais. Os fundamentos são o de garantia da coisa julgada e de preservação da independência do juiz, com ressalva, naturalmente, das hipóteses previstas de indenização por erro judiciário e de prisão indevida ou além do tempo fixado em sentença.

Oreste Nestor de Souza Laspro⁴¹ ensina que: “[...] na defesa da natureza soberana da atividade jurisdicional o Supremo Tribunal Federal sempre que se manifestou acerca do tema entendeu inaplicável a responsabilidade objetiva constitucional a essa função.”

Das preleções de Guido Santiago Tawil⁴² colhe-se também:

La responsabilidad del Estado como consecuencia del ejercicio de la actividad judicial no há sido, sin embargo, facilmente reconocida, especialmente a partir de la formulación por parte de Montesquieu de su célebre tesis de la división o separación de poderes y su recepción por parte de la Constitución norteamericana, ya que como señala con acierto Fernández Hierro, a partir de la configuración de los tribunales como Poder Judicial, ‘parece más difícil exigir ésta a quien es parte de uno de los tres poderes fundamentales del Estado, que no está sometido a los otros dos y si solamente a la ley, que es nombrado de manera permanente e inamovible, que al funcionario que no es más que un delegado del monarca cuyo nombramiento se revoca pasado el tiempo’. Así, se considero en Francia tradicionalmente irresponsable al Estado por el ejercicio de su actividad jurisdiccional, ante la fuerza de verdad legal atribuida a las decisiones jurisdiccionales en virtud del principio res judicata pro veritate habetur, salvo en lo referente a los actos preparatorios separables de los estrictamente jurisdiccionales, que podían llegar a ser considerados como faltas de servicio, engendrando responsabilidad estatal.

Ruy Barbosa, ao assumir a presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1914, defendeu a irresponsabilidade estatal por atos judiciais. E muito outros tantos juristas e doutrinadores eram do mesmo pensar (Cf.: Carlos Maximiliano, Pedro Lessa, Carvalho Santos, Cirne Lima e Pontes de Miranda).

Pontes de Miranda⁴³, embora incluído no rol antecedente, mais tarde mitigou seu entendimento ao concluir que “[...] a responsabilidade do Estado pode existir, ainda que

⁴¹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 258.

⁴² TAWIL, Guido Santiago. **La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 39-40.

⁴³ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 2. p. 398.

não exista a responsabilidade do juiz.” Na mesma direção e em autêntico aperfeiçoamento da idéia, Juary C. Silva⁴⁴ leciona:

[...] não se nega a responsabilidade do Estado quanto a todos os atos surgidos do Poder Judiciário, senão, mais restritamente, no que respeita aos atos jurisdicionais, em sentido próprio. Todavia, isso suscita dificuldades, de ordem prática e teórica, notadamente no que se relaciona com a infringência ao princípio constitucional da isonomia, pois de alguns atos do Poder Judiciário promana a responsabilidade do Estado, e de outros não, consoante o entendem os sequazes dessa concepção. Para nós, que partimos de perspectiva diversa – em decorrência da qual temos sustentado, mesmo *de jure constitutio*, a responsabilidade do Estado em conexão com atos jurisdicionais – o problema não se localiza na contraposição entre atos jurisdicionais, de um lado, e atos não-jurisdicionais, de outro; se dos atos jurisdicionais deriva a responsabilidade do Estado, com maior força de razão esta pode – e deve – provir de atos não-jurisdicionais de juízes ou serventuários, contanto que de tais atos resulte prejuízo para outrem.

Ainda que persistam na esfera da jurisprudência pátria as idéias da imunidade do Estado-juiz, ganha corpo o entendimento de que enquanto prestador de serviço público judicial o Estado deve suportar os prejuízos sofridos pelo cidadão. Esta nova realidade se faz presente, sobretudo em países de formação romano-germânica.

Philippe Ardant⁴⁵, sobre o tema, afirma que:

De même que pour l'élaboration de la responsabilité administrative, la voie sera longue qui aboutira à la systématisation de la responsabilité de l'État-juge. Mais ici, il y aura l'exemple de la fonction jumelle, les difficultés rencontrées se retrouveront à nouveau. Il faudra tirer la leçon des échecs ou des insuffisances des devanciers. [...] La jurisprudence est encore inconsciente de son erreur, bien que les premières hésitations annonciatrices de la perception de la lumière semblent se manifester. L'irresponsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle est un faux principe. Sur quelles bases peut-on bâtir cette responsabilité? Les discussions sont possibles et un grand pas sera déjà fait lorsque elles s'ouvriront.

Por fim, valendo-se de voto já mencionado do Ministro Aliomar Baleeiro⁴⁶:

O primeiro fundamento do recurso repousa no art. 105, da constituição Federal de 1967: “As pessoas jurídicas de Direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. O caso

⁴⁴ SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos**: teoria da responsabilização unitária do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 113.

⁴⁵ ARDANT, Philippe. **Justice et responsabilité de l'État**. Sous la direction de Maryse Deguerge. Préface de Philippe Ardant. Paris: Presses Universitaires de France, 2003. p. 308.

⁴⁶ Pede-se vênia pelo extenso voto do referido ministro aqui colacionado. Porém, pela sua clareza e didática, escolheu-se transcrevê-lo aqui.

ocorreu sob o regime da Constituição Federal de 1946, que continha norma igual no art. 194.

Entende o recorrente que os magistrados, nesse dispositivo, a exemplo do que ocorre noutros diplomas, como o Código Penal, estão abrangidos no conceito genérico de “funcionários”.

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

Ambos os dispositivos transcritos partem do mesmo princípio – o da regressividade e não o da solidariedade.

Responsável é a Pessoa de Direito público pela falta de seus agentes em serviço ou por extensão deste, resguardado seu direito de regresso contra os mesmos, se pessoalmente culpados. Claro que pode haver falta anônima do serviço, por fato inerente a este, objetivamente considerado, sem culpa específica do agente público.

De início, admito a tese do Recorrente: “funcionários”, no art. 105 da Constituição Federal de 1967, ou 194 da Constituição Federal de 1946, são os mesmos “representantes” do art. 15 do Código Civil, inclusive os órgãos e agentes dos três Poderes, e não apenas aqueles que as leis antigas chamavam de “empregados públicos” da Administração.

“Critério estritamente objetivo e, portanto, mais largo, exige que se considerem funcionários públicos no art. 194 todos os que praticam atos, ou incorrerem em omissão, no exercício de função pública, sem se dever entrar, sequer, na apuração da legalidade ou ilegalidade da investidura” – adverte Pontes de Miranda (Comentários à Constituição Federal 1946, VI, p. 370).

Assim, a meu ver, o art. 105 da Constituição Federal de 1967 abarca em sua aplicação os órgãos e agentes do Estado, como os chefes do Poder Executivo, os Ministros e Secretários de Estado, os Prefeitos, ainda que não sejam funcionários no sentido do Direito Administrativo. E, com maior razão, também os juízes, como agentes do Estado para a função jurisdicional deste, que os coloca sob regime especial de garantias no interesse de tal função. Esse regime especial e a natureza específica de sua atividade não lhes tira o caráter de funcionários, *lato sensu*.

O art. 15 do Código Civil, usando da expressão genérica de “representantes”, refere-se a todos os instrumentos jurídicos e técnicos das Pessoas de Direito público e, a meu entender, não comporta distinções, que ele não fez.

A história do instituto da responsabilidade civil pode ser escrita como a história da sua contínua e progressiva ampliação, desde a responsabilidade pela culpa à responsabilidade sem culpa, desde o princípio *the king does not wrong* até a responsabilidade do Estado por todos os seus agentes. E, já em nossos dias, avança o assalto dessa melhoria ética e jurídica ao reduto mais defendido contra ela – a responsabilidade do Estado pelas leis injustamente danosas às situações individuais legítimas.

Casos como os destes autos não podem ser aferidos pelos votos dos gloriosos magistrados das gerações anteriores, que nos precederam nesta Corte há cerca de meio século, quando ainda vacilava o espírito jurídico contra os privilégios da irresponsabilidade do Estado pelos atos dolosos ou culposos de seus agentes em serviço. Isso era concebível no regime da Constituição de 1824 ou, talvez, na de 1891, cujo art. 82 deixava a responsabilidade “estritamente” aos funcionários insolventes e impecuniosos como escárnio às vítimas dos fatos lesivos produzidos pelo serviço público ou pela culpa do Estado *in vigilando* ou *in eligendo*. Aliás, a despeito da letra daquele art. 82 da Constituição Federal de 1891, o Supremo Tribunal

Federal, há 60 anos pelo menos, condenava o Estado por faltas atribuíveis a seus funcionários em serviço [...].

Hoje, ou melhor, desde 1946, a regra não pode ser posta em dúvida, nem sofrer restrições, que não existem no art. 194 da constituição Federal de 1946 ou 105, da Constituição Federal de 1967.

Não me parece, pois, exata, com a devida vênia, a assertiva do eminente Desembargador Natal Campos, o revisor, de “que o Estado não pode ser responsabilizado no presente caso. A responsabilidade pelos prejuízos alegados pelo autor, se existe, é pessoal, exclusivamente do juiz Oscar Junqueira Lopes”.

Não. Pelo menos depois do art. 194, da Constituição Federal de 1946, essa responsabilidade ou não existe ou é também de Minas Gerais, que escolheu o juiz inadequado e por seus órgãos competentes não o vigiou, nem tomou as providências cabíveis, inclusive o *habeas corpus* por iniciativa de seu Ministério Público.

No caso destes autos, não se trata da culpa por fato do serviço público, independentemente de culpa do agente ou representante do Estado. Aqui, temos culpa escancarada, escandalosa e incontestável do juiz, reconhecida pela sentença e pelo acórdão. Culpa por negligência e ilegalidade e que justificou a remessa dos autos à Corregedoria, para ajustar contas com o magistrado deslembado de seus deveres e dos mandamentos da lei, senão até da caridade.

[...]

Para mim, bastam os arts. 15 do Código Civil [de 1916] e 107 da Constituição atual [de 1967] que repete, no assunto, as anteriores. No caso concreto, o juiz levou quase três anos com um processo em casa, enquanto o réu permanecia no calabouço, indefeso, e até pela sua própria situação financeira não poderia custear os serviços de um patrono. Acho que o Estado tem o dever de manter uma Justiça que funcione tão bem como o serviço de luz, de polícia, de limpeza ou qualquer outro. *O serviço da Justiça é, para mim, um serviço público como qualquer outro.*⁴⁷

Em advertência de Recaséns Siches⁴⁸, “[...] tem-se dito, com absoluto acerto, que, para trilhar os caminhos da responsabilidade [...], o estudioso necessita, além de não perder de vista a constante evolução social, utilizar com frequência a *lógica do razoável*.”

É necessária uma interpretação do ordenamento jurídico de acordo com a razão para o qual foi criado. São as razões pelas quais esta ou aquela interpretação do comando normativo é o mais adequado e justo.

Entonces resulta que, por lo visto, hay razones diferentes de lo cracional de tipo matemático. Estamos empezando a oler ya el terreno de logos de lo humano. La razón no se agota en el campo de lo tradicionalmente conocido como lo racional, sino que tiene también otros campos.

Por de pronto, ahora empezamos a otear un campo de la razón, diferente del campo de lo racional, a saber: empezamos a vislumbrar el campo de lo razonable como otro de los sectores de la razón. Creo que esta palabra lo

⁴⁷ STF, 2ª T. RE 32.518-RS. Rel. M in. ALIOMAR BALEEIRO. DJ. 21 jun. 1966.

⁴⁸ RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado general de filosofía do derecho**. 3. ed. Cidade do México: Porrúa, 1965. p. 652.

razonable es muy expresiva para designar el ámbito y la índole de lo que podríamos denominar también el logos de lo humano.

[...]

No tiene sentido tratar las normas de Derecho positivo desconectándolas de las situaciones en que se originaron, y de las situaciones para las cuales fueron destinadas.

Resulta, pues, bien claro que la validez de las normas jurídico-positivas está necesariamente condicionada por el contexto situacional en el que se produjeron y para el cual se produjeron.⁴⁹

Ademais, o problema visualizado na concretização do direito no mundo dos fatos pode impelir o operador do Direito a esquecer ou menosprezar os outros princípios aplicáveis à espécie, o que é ainda mais arriscado no campo do regime jurídico-administrativo o qual conjuga a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. Relembre-se a advertência de Di Pietro⁵⁰: “[...] a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles [...] sob pena de sérios riscos [...] ao próprio Estado de Direito.”

Assim, que não se perca de vista o razoável e o proporcional que também devem ser levados em consideração no estudo presente, lembrando que são princípios norteadores do Direito Administrativo⁵¹. Desta forma, há de se encontrar o virtuoso meio-termo aristotélico para a responsabilização do serviço público judiciário quando lesivo a direitos e interesses legítimos.

4.5.1 *Faute du Service*

Como meio-termo entre as noções civilísticas e publicísticas da responsabilização estatal, tem-se a construção francesa da *faute du service* (“culpa do serviço”, em tradução literal), que vem como sucedâneo da teoria civilista da culpa. Tem por fundamento não a *culpa lato sensu* do Direito Privado (dolo, negligência, imprudência ou imperícia), mas sim o *funcionamento anormal* do serviço público, da sua inexistência até a má prestação.

Trata-se de construção do Conselho de Estado francês, órgão de cúpula da jurisdição administrativa, que impôs uma padronização na qualidade do serviço público quando de sua prestação.

⁴⁹ RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado general de filosofia do derecho**. 3. ed. Cidade do México: Porrúa, 1965. p. 652.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85.

⁵¹ Ibid., p. 81.

Esta *faute du service* pode ser aferida em três hipóteses: *mau funcionamento*, *funcionamento tardio* e *não-funcionamento*.

1. não-funcionamento: hipótese mais grave, é a ausência da prestação do serviço público necessário, por omissão da Administração. Assim, por exemplo, a recusa de atendimento durante greve do funcionalismo público ou mesmo a omissão do serventuário da justiça ao não dar prosseguimento burocrático ao processo em tramitação.
2. funcionamento tardio: o serviço é prestado, porém já passada a época da execução adequada. Em outras palavras, o agir administrativo chega a ocorrer, porém tarde demais. Seria o caso da entrega do material para a reforma de uma ponte depois de sua queda. Também é verificável no caso da prestação jurisdicional como “injustiça”, nas palavras de Ruy Barbosa.⁵²
3. mau funcionamento: Advém do agir defeituoso do Estado na consecução de seus objetivos, com prejuízo material ou moral para os administrados. A prestação existe, ocorre dentro do prazo esperado, mas não atende a sua finalidade, em razão da irregularidade.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁵³ é hipótese de culpa “[...] não individualizável em determinado agente público, insuscetível de ser atribuída a certo agente público, porém, [atribuível] ao funcionamento ou não funcionamento do serviço, por falha na sua organização.”

Por isso que Celso Antônio Bandeira de Mello situa-a na responsabilidade subjetiva imediatamente anterior à objetiva, porém distintamente da responsabilidade subjetiva civilística.

Para ele, “[...] a ausência do serviço devido ao seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo aos administrados.”⁵⁴

Adicionalmente, afasta essa espécie de responsabilidade como modalidade de responsabilidade objetiva, aduzindo que o significado em francês da palavra “*faute*” seria o de

⁵² “Justiça tardia não é justiça, é injustiça manifesta.”

⁵³ MELLO apud SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 240.

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1011.

“culpa”. Porém, em consequência do falso cognato, teria sido traduzida por “falta”, a ensejar interpretação no sentido de elemento objetivo. Acrescenta também a necessidade da *presunção* de culpa nessa hipótese de *faute*, o que, a seu ver, teria contribuído ainda mais para o engodo.

Em suas palavras:

O argumento de que a falta do serviço (*faute du service*) é um fato objetivo, por corresponder a um comportamento *objetivamente inferior aos padrões normais* devidos pelo serviço, também não socorre os que pretendem caracterizá-la como hipótese de responsabilidade objetiva. Com efeito, a ser assim, também a responsabilidade por culpa seria objetiva (!), pois é culposa (por negligência, imprudência, ou imperícia) a conduta *objetivamente inferior aos padrões normais* de diligência, prudência ou perícia devidos por seu autor.

Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) *legalmente exigíveis*, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado devendo atuar, e de acordo com certos padrões, *não atua ou atua insuficientemente* para deter o evento lesivo.⁵⁵

4.5.2 O Risco na Prestação Jurisdicional e a Faute du Service

É o Estado que presta a atividade jurisdicional de forma exclusiva e substitutiva, tanto no tocante à decisão em si quanto na materialização dos resultados. Por isso, o regime de responsabilização a ser aplicado deverá levar em consideração esses fatores.

Assim, se o Estado chamou para si a responsabilidade da *juris dictio*, conforme já explicitado, com especial atenção à exclusividade e substitutividade, terá de assumir também todos os riscos advindos desta prestação. *Todos*.

Na esteira da *faute du service*, é necessário que o Poder Público demonstre que o serviço funcionou tempestiva e efetivamente. O ônus da prova, neste caso, fica invertido, por uma presunção *juris tantum* de culpa do Estado.⁵⁶

Desta forma, estar-se-ia ainda no fator subjetivo de atribuição de responsabilidade, mas de forma mais amenizada em relação ao usuário do serviço público, invertendo-se o *onus probandi* a seu favor.

Entretanto, tal teoria, nestes termos, se revela inadequada para a solução do problema proposto, ou seja, a responsabilidade na efetivação da tutela jurisdicional.

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1012-1013. (grifo do autor)..

⁵⁶ MELLO, op. cit., p. 1010.

No caso do serviço judicial, o litigante prejudicado deve expor uma situação que denote prejuízo, deixando claro que o dissabor adveio de um *fato da administração*.⁵⁷ E só.

Não se perquire se a atuação da Administração adveio de conduta dolosa ou culposa de seu agente. Pela teoria da imputação, o que o agente faz, nesta qualidade, é o que o próprio Estado está fazendo, sem maiores elucubrações.

Em se tendo uma hipótese de presunção de culpa – como quer os que defendem a inversão do ônus da prova na hipótese de culpa estatal presumida –, estar-se-ia diante da possibilidade de exclusão de responsabilidade estatal caso o Poder Público comprovasse “[...] que se comportou com diligência, perícia e prudência – antítese de culpa –, [ficando] isento da obrigação de indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade.”⁵⁸

Em se entendendo desta forma, o Estado poderia desviar-se da responsabilização pela prestação jurisdicional alegando, por exemplo, excesso de serviço. E de fato, esta é uma das alegações mais recorrentes para justificar o atraso na prestação jurisdicional. Apesar da diligência de seus agentes, o volume monumental de serviço impediria que os agentes, humanos que são, fizessem algo além de sua capacidade. Ademais, não pode sequer tentar gastar mais do que possui para poder se estruturar de uma melhor forma, vinculado que está à lei orçamentária vigente.

Nestes termos, estariam comprovadas a diligência, a perícia e a prudência do Estado, a afastar sua responsabilização, no regime da presunção de culpa.

Ora, não é admissível que, no campo da prestação jurisdicional, possa o Estado esquivar-se da responsabilidade pela entrega do serviço de pacificação social alegando que o tenha feito inadequadamente, mas de acordo com o “melhor possível”. Não. Aqui, está-se diante da hipótese objetiva de responsabilidade ao se ter que o administrado tem o direito líquido e certo de obter uma prestação jurisdicional correta, tempestiva e eficaz. Não caberão outros juízos.

Isto porque a hipótese é a da responsabilização objetiva, que perquire se houve um dano e se esse dano adveio de conduta (ativa ou omissiva) do Estado.

“Não se confunde a presunção de culpa, onde a culpa deve existir, apenas se invertendo os ônus da prova, com a responsabilidade sem culpa ou objetiva, na qual se

⁵⁷ “*Fato administrativo* é toda realização material da Administração em cumprimento de alguma decisão administrativa”, conforme escólio de MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 155. (grifo do autor).

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1012.

dispensa a culpa para o dever de indenizar.”⁵⁹ Este o caso da moderna responsabilidade civil estatal, qualquer que seja o fato.

A questão reside sobre o vocábulo *culpa*, cujas raízes estão fincadas no terreno da teoria civilista. Porém, o que o Conselho de Estado francês visualizou foi uma culpa *diversa* da culpa civilística. Aqui, um termo plurívoco redundou em equívoco na doutrina brasileira.

4.5.3 O Regime de Responsabilização na Constituição

Veja-se, ainda, em análise compartimentada do artigo 37, §6º da Constituição Federal: “As pessoas jurídicas de Direito Privado e as de direito público prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, *causarem* a terceiros [...].”⁶⁰

De acordo com o Código criminal, “[...] considera-se causa *a ação ou omissão* sem a qual o resultado não teria ocorrido” (grifo nosso). Ou seja, no liame de causalidade, há, sim, a presença da figura da omissão, independentemente do fator de imputação objetivo (a regra nas relações públicas e em muitos casos das relações civilísticas) ou subjetivo (nas relações de direito penal).

O que se quer dizer é que a *causa*, na teoria do dano direto e imediato, não será mera condição do dano, conforme se poderia afirmar⁶¹, mas sim elemento necessário à sua configuração,

[...] porque a ela [a causa] ele [o dano] se filia necessariamente; é causa exclusiva, porque opera por si, dispensadas outras causas. Assim, é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.⁶²

Mas como esse dano pode se apresentar no contexto da prestação jurisdicional?

A resposta é encontrada pela *inexistência*, *mau funcionamento* ou *funcionamento tardio*, que advêm da teoria publicista da *faute du service*.

⁵⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 24.

⁶⁰ (grifo nosso).

⁶¹ “Causa é o fator que positivamente gera um resultado. Condição é o evento que não ocorreu, mas que, se houvera ocorrido, teria impedido o resultado.” MELLO, op. cit., p. 1023-1024.

⁶² ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 380-381.

Afasta-se a *inexistência* porque há no Brasil, de fato e de direito, órgãos públicos que se encarregam da prestação jurisdicional, ora de forma típica (Judiciário), ora atípica (Legislativo e Executivo, mas sem caráter de intangibilidade, em julgamentos políticos ou meramente internos, respectivamente). Então, bem ou mal, há um “poder” Judiciário constitucionalmente independente e para o qual há um sentimento de respeito em relação às suas deliberações, em situação de constatável governabilidade.

No tocante à atividade jurisdicional típica, pode acontecer de o serviço ser mal prestado ou então de sê-lo intempestivamente. Daí pode decorrer dano (certo, atual ou futuro, lícito ou ilícito).

Em qualquer das hipóteses, o Estado se responsabiliza *diretamente* pela prestação irregular do serviço naquele caso específico (casuisticamente), tanto por mau funcionamento quanto por funcionamento tardio (o qual, no mais das vezes, é consequência daquele).

Fica claro, então, que, adotando-se o fator de imputação objetivo, não se perquire, neste ponto, dolo ou culpa, presumida ou não.

E qual seria a teoria de responsabilidade adotada? A teoria do *risco administrativo*, que pressupõe a existência de uma atuação estatal que, pela sua própria natureza, possa gerar riscos de dano para outrem, porém com as excludentes do liame causal, afastando-se as iniquidades do *risco integral*.

Não é outra a descrição que se toma por empréstimo do Código Civil, com as ressalvas de praxe já feitas:

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. (art. 927, parágrafo único, grifo nosso).

Não há definição, sequer na doutrina civilística, do que seja essa atividade que implique em risco por natureza. Mas é cabível tal noção na prestação do serviço judicial? A resposta é positiva.

Quem é o responsável pela prestação jurisdicional típica? O Judiciário. E esta função judiciária é função tipicamente estatal, revestida de todas as qualificadoras da

jurisdição já declinadas (irresistibilidade, incontestabilidade, vinculação, substitutividade...).⁶³

Então, se o Estado chamou para si o ônus de prestar a tutela jurisdicional a todos os seus administrados, a toda e qualquer provocação que sofra⁶⁴, deverá arcar com todas as consequências daí advindas.

Ademais, no processo não há situação de *non liquet*. Em maior ou menor grau, um dos litigantes sairá “vitorioso” enquanto a outra parte “perderá” a demanda.

Ainda que o vencido tenha o sentimento de que foi lesado, ainda que entenda ter sido injusta a decisão proferida pelo órgão estatal competente, desde que tenha se utilizado do conjunto de recursos processuais colacionados na legislação adjetiva, nada mais lhe resta a fazer.

Quando a decisão se torna definitiva, quando *transita em julgado*, o vencido deverá por certo se submeter ao comando estatal, seja entregando bens, seja fazendo ou deixando de fazer alguma coisa, seja tendo sua manifestação de vontade substituída pela decisão judicial, dentre outros casos. Resignadamente.

Em se tendo presente que, na disputa judicial, uma das partes será vencida, não terá valia qualquer argumento de má prestação da jurisdição, levantado pelo perdedor, pretendendo imputar responsabilidade ressarcitória ao Estado-juiz que declarou inexistência ou inaplicabilidade de eventual direito a seu favor. Em suma: a insatisfação com a decisão se resolve unicamente pela via recursal. Após o seu esgotamento, resta apenas a submissão. *Patere legem quam fecisti*.⁶⁵

Relembre-se que uma das manifestações de poder de império do Estado ocorre justamente no contexto da prestação jurisdicional. Nela ocorre a penhora de um veículo, a entrada à força em uma residência, “[...] o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura” (artigo 245, §3º, Código de Processo Penal) etc.

Por isso que, em casos assim, a Administração possui um poder que os particulares não têm: o da submissão irresistível.

⁶³ O que não ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos da América, onde se pode “alugar um juiz” – *rent a judge* –, que não se confunde com mediação ou arbitragem. Cf. MILLER, Chris. You can rent a judge??? **Business Journal**, Hudson Valley. Disponível em: <[http://www.rentajudge.com/rentajudge.nsf/vGNCNTByDocKey/PP4979D9685530/\\$FILE/CompositeArticle.pdf](http://www.rentajudge.com/rentajudge.nsf/vGNCNTByDocKey/PP4979D9685530/$FILE/CompositeArticle.pdf)>. Acesso em: set. 10.

⁶⁴ Confira-se a teoria abstrata da ação (ou teoria do direito abstrato de agir), devida ao alemão Heinrich Degenkolb e ao húngaro Alexander Plósz.

⁶⁵ “Suporta a lei que fizeste”, brocardo latino. A lei processual, feita pelos representantes do povo, incidirá com toda a sua força.

E é isso que permite que o poder público faça acontecer aquilo que ficou decidido pelo órgão judicial competente.

Nessa conformidade, por deter o monopólio da jurisdição, com poder para requisitar força pública no intento de fazer cumprir a determinação judicial proferida, o Estado não pode escapar à sua responsabilidade, nos casos de mau funcionamento ou demora na prestação, invocando, neste caso específico, a famigerada “reserva do possível” ou análogas.

4.5.4 Responsabilidade por Atos do Judiciário

Já que se fala em responsabilidade estatal, é necessária uma digressão sobre a natureza do próprio ente estatal.

O Estado, como ente psicofísico de natureza autônoma não existe. É ficção jurídica, criada pelo intelecto humano. Logo, manifesta-se por meio de um terceiro que, embora seja distinto dele (na realidade externa), quando atua revestido de certas prerrogativas, o faz como se o próprio Estado abstrato ali estivesse.

Isto fica mais claro quando relembramos as teorias que explicam as relações do Estado pessoa jurídica com seus agentes.⁶⁶

1. *teoria do mandato*, na qual o agente público receberia um “mandato” do Estado, residindo a crítica justamente ao fato de que, em não existindo vontade fatural do ente “Estado”, não poderia outorgar mandato;
2. *teoria da representação*, na qual o agente público é como um tutor ou curador do Estado por força de lei, o que incide na mesma crítica da figura anterior, com agravantes: o Estado como um “incapaz” a ser tutelado (e, como incapaz, não poderia ser mandante – art. 654, CC/2002) e a inoponibilidade de prejuízos eventualmente causados pelo “mandatário” que ultrapassasse os limites de seus poderes (art. 662, *idem*);
3. *teoria do órgão*, que traz a idéia de *imputação*, ou seja, a manifestação de vontade da pessoa jurídica por meio dos agentes que compõem seus órgãos, fundindo-se a conduta do agente com a conduta do Estado, numa única manifestação. Ressalva-se que, para o reconhecimento desta imputabilidade “é necessário que o agente esteja investido de poder jurídico, ou [...] que, pelo menos, tenha *aparência* de poder jurídico, como ocorre no caso da função de fato”. É aceita no Brasil.

A partir da teoria do órgão, portanto, reconhece-se que a ação do agente, no desempenho de sua função pública, é a ação do próprio Estado.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 505-506.

Portanto, o Estado está se manifestando naquele momento, atuando, omitindo-se ou de qualquer forma se portando em determinado sentido.

E, por isso, responde por sua conduta.

Por isso é que se fala no agente público “presentando”⁶⁷ (e não apenas “representando” o Estado). Ali, é a própria pessoa jurídica estatal se manifestando ou se omitindo.

O juiz é um agente público, sem dúvida. Logo, também “presenta” o Estado. Mas tudo o que faz é um *ato do judiciário*?

Em relação a isto, os *atos judiciários* englobam os atos decisórios propriamente ditos e também os atos de mero expediente e de movimentação processual dentro das diferentes fases previstas pelos ritos procedimentais existentes.

Mesmo os atos judiciários próprios (decisórios) se diferenciam entre si:

O ato jurisdicional não esgota, entretanto, toda a atividade do poder judiciário, embora seja, repetimos, a manifestação inerente àquele poder. É que, ao lado da *função jurisdicional*, tendente à aplicação da lei ao caso concreto, sempre que ocorre *contestação*, existe outra função de natureza administrativa, *voluntária*, *graciosa* ou *não-contenciosa*, desenvolvida de maneira intensa no âmbito do poder judiciário.⁶⁸

A referência à atividade não-contenciosa de fundo decisório se pode verificar nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, conforme disposto no Livro IV, Título II, do Código de Processo Civil (como exemplo, a curadoria dos bens do ausente, artigos 1.159 e seguintes).

Há, ainda, um *tertium genus*, que são os atos de expediente ou de movimentação processual que visam à solução do processo e à efetivação da decisão judicial, qualquer que tenha sido. Não estão inseridas no mesmo patamar da função jurisdicional primária, porém lhe servem de sustentação.⁶⁹

⁶⁷ De ordinário, nos atos da vida, cada um pratica, por si, os atos que hão de influir, ativa ou passivamente, na sua esfera jurídica. Os efeitos resultam de atos em que o agente é *presente*, pois que os pratica, por ato positivo ou negativo. A regra é a apresentação, em que ninguém faz o papel de outrem, isto é, em que ninguém *representa*. [...]

Quando o órgão da pessoa jurídica pratica o ato, que há de entrar no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, não há representação, mas apresentação. O ato do órgão não entra, no mundo jurídico, como ato da pessoa, que é órgão, ou das pessoas que compõem o órgão. Entra no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, porque o ato do órgão é ato seu. Ainda há apresentação, e não representação [...] se a pessoa física ou órgão da pessoa jurídica pratica o ato através de mensageiro ou de aparelho automático. (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito público**: parte geral. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3. p. 231-233). (grifo do autor).

⁶⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 64, p. 73, 1969.

⁶⁹ Livro IV, Título II, do Código de Processo Civil (como exemplo, a curadoria dos bens do ausente, artigos 1.159 et seq.).

Então, o que o juiz pratica *como juiz* é que pode ser considerado ato do judiciário, a ensejar responsabilização estatal.

É importante destacar esta diferença para que não se tenha o Estado respondendo por ato fora de sua esfera.

Neste caso, não haveria *conduta* (ação ou omissão) imputável ao Estado, mas sim um ato de particular a ser perseguido em indenização pessoal, diretamente contra o agressor privado.

4.5.4.1 Responsabilidade do Estado por um agir “delituoso” do magistrado

Barraza⁷⁰ alerta para a diferenciação entre erro judiciário e ação dolosa ou de má-fé do magistrado, que não é “[...] *consecuencia de un accionar desacertado, sino como onsecuencia de un accionar delictivo.*”

Aí, ter-se-ia que, quando o magistrado agisse com dolo ou má-fé, não estaria agindo *como juiz*, mas sim como um “delinquente”. Seguindo este raciocínio, deveria então responder pessoalmente pelo ilícito? Ou responderia em solidariedade com o Estado? Ou em seguida, em regresso?

Entende-se que, pela teoria do órgão, todo e qualquer ato realizado na *qualidade* de magistrado é diretamente imputado ao Estado.

Isto porque o ato do agente é o ato do Estado, em ficção jurídica unânime mente aceita por doutrina e jurisprudência. A ação advinda do agente que “*presenta*” o Estado (e não apenas o representa) é a ação do próprio Estado. Logo, é responsável por ele.

O Código Penal, por exemplo, traz o crime de concussão, o qual traduz a conduta de “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, *ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*, vantagem indevida” (art. 316, grifo nosso). Esta expressão “em razão de” repete-se no peculato-furto, no extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (“em razão do cargo”), na corrupção passiva e em outros, tudo a indicar que se prescinde da ação no efetivo exercício de competências do cargo ou função que exerça. Basta realizar a conduta valendo-se da condição que lhe é peculiar para subsumir o fato à norma.

Argumentando-se em sentido contrário, poder-se-ia dizer que a ação ou omissão fora do exercício das funções impediria o reconhecimento de ação do Estado porque

⁷⁰ BAZARRA, Javier Indalecio. **Responsabilidade del Estado por funcionamiento anormal de la actividad judicial**. Buenos Aires: Universitas, 2006. p. 11.

o ato, fora das funções, seria considerado um ato próprio e particular da pessoa do agente. Este só estaria autorizado pelo Estado dentro dos limites legais (pelo princípio da estrita legalidade) e, portanto, qualquer ação que extrapolasse os poderes que pudesse exercer eximiriam o ente estatal de imputação.

Sem razão, porque as figuras do abuso de poder (excesso e desvio de finalidade), embora possam anular o ato praticado pelo agente usurpador, não retiram do Estado a responsabilidade pelos danos que advierem dele. E isto justamente porque o Estado pode e deve ser responsabilizado pelo ato praticado pelo agente que, invocando esta condição de *presentante* estatal, age em desconformidade com o interesse público pelo qual deveria velar.

Explica-se:

“O abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas.”⁷¹ Em outras palavras, o excesso é caracterizado pela ausência de competência para a prática do determinado ato pelo agente, enquanto o desvio é caracterizado pelo ato praticado dentro da competência do agente, porém a visar finalidade diversa daquela que a lei prescreve para ele.

Em se tendo quaisquer destas situações, o Estado deve responder⁷². Em escólio de Hely Lopes Meirelles:

Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à Administração; [...] O abuso no exercício das funções por parte do servidor não exclui a responsabilidade objetiva da Administração. Antes, a agrava, *porque tal abuso traz ínsita a presunção de má escolha*. [...] Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, é que se assenta a teoria da *responsabilidade objetiva* da Administração, vale dizer, da *responsabilidade sem culpa*, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins.⁷³

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 110.

⁷² Cf. “Assim o reconhecimento da responsabilidade do Estado em situação como a descrita nos autos depende da comprovação de que a ordem foi decorrente de um ato ilegal ou arbitrário, ou praticado com abuso ou excesso de poder, ou, ainda, que seja resultado de um erro grosseiro por parte de algum agente público.” (TRF, 4ª R. AC 200272020034043, Rel. JAIRO GILBERTO SCHAFER, DOE 28.04.2008). Ressalva-se, porém, que o cerne da discussão era sobre a responsabilidade do Estado por atos judiciais, decidindo-se pela irresponsabilidade.

⁷³ MEIRELLES, op. cit., p. 656. (grifo nosso).

Tem-se, por exemplo, um julgado do Supremo Tribunal Federal, deveras esclarecedor, sobre um policial armado e fardado que, após obter carona na estrada, assassina o motorista para levar-lhe o veículo:

Não estava o policial em serviço, nem o crime foi praticado no exercício da função policial ou a pretexto de exercê-la. Ademais, é proibido aos soldados da Polícia Militar solicitar condução.

Contudo, é evidente que a qualidade de policial, fardado e armado, do pedinte da carona, influiu para que a vítima lhe atendesse ao pedido. E, foi com o revólver do Estado, que o agente da Força Pública praticou o crime.

Não afasto, por isso, a responsabilidade civil do Estado, porquanto, como já disse, a qualidade de policial influiu e tornou possível a infração e o dano.

O art. 107 da Constituição da República [atual art. 37, §6º] responsabiliza as pessoas jurídicas de Direito público pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Não exige o preceito que o servidor público tenha agido no exercício de suas funções, mas nessa qualidade. Em face da presunção de segurança, que um policial, fardado e armado, proporciona, o Estado é responsável, se o agente, em se aproveitando dessa aparência, produz dano em particular.⁷⁴

Como nas palavras de Bandeira de Mello⁷⁵, “[...] a entidade estatal não pode ser alheia a danos causados por quem atuou munido de atribuições ou poderes oriundos da esfera pública.”

Ora, se até mesmo o ato do *agente de fato*⁷⁶ é atribuído ao Estado, quanto mais o ato praticado por alguém que, investido de atribuições públicas típicas e como tal reconhecido, com sua conduta e neste contexto causa dano a outrem.

Evidente que se pode separar com razoável segurança os atos privados do agente como pessoa (v.g. a compra de um brinquedo para o filho) e aqueles que, ainda que fora de sua competência, são praticados em razão dela. O lamentável uso da prepotente expressão “sabe com quem está falando?” Marca bem a diferença. No primeiro caso, os atos são da pessoa física; no segundo, do Estado, ainda que sem autorização deste. Só há possibilidade de imputação ao Estado no segundo caso.

Assim, a responsabilidade estatal decorre do ato do agente público “[...] sempre que a condição de funcionário tiver contribuído de algum modo para a prática do ato

⁷⁴ STF, Primeira Turma. RE 82.144, Rel. Min. SOARES MUÑOZ. DJ. 8. maio. 1979.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 246.

⁷⁶ Como exemplo, tem-se a história de Barbário Felipe, escravo fugitivo que nomeado pretor romano, por muito tempo exerceu suas funções, mas, quando da descoberta de ausência do seu *status libertatis*, ainda assim seus atos foram tidos por válidos, eis que todos imaginavam estar o agente regularmente provido no cargo, como terceiros de boa-fé. Cf. OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 64.

danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito”, conforme lição de Cahali.⁷⁷

Passa-se, agora, à análise da atuação legítima do Judiciário.

4.5.5 Responsabilização por Ato Judicial Típico

O ato típico advindo de exercício de função típica⁷⁸ judicial, *i.e.* a decisão, deve ser atacada por meio do recurso processual adequado e, para muitos, não gera qualquer responsabilidade para o magistrado ou Tribunal que a tenha prolatado.

Todavia, conforme assinalado⁷⁹, paulatinamente se está construindo uma ideia adequada de responsabilização do Judiciário pela suas decisões, dentro do mais profundo respeito aos princípios e direitos protegidos pelo ordenamento constitucional.

Neste sentido, são precisos os apontamentos de Di Pietro⁸⁰, ao analisar os principais argumentos dos defensores da tese da irresponsabilidade e, ato contínuo, rebatendo-os:

- 1) Soberania do judiciário, que, como um escudo do Poder Judiciário, o protegeria dos “ataques” dos cidadãos, o que não se pode admitir tendo-se em vista que a soberania é uma prerrogativa do Estado soberano, uno e indivisível, partido em funções (como a executiva, legislativa e a judiciária) que não lhe são superiores. Ademais, a adoção deste entendimento levaria à irresponsabilidade do Estado, mesmo por atos do executivo, o que não é mais crível;
- 2) Incontrastabilidade da coisa julgada, fora da revisão criminal provida, sob a “presunção de verdade da sentença transitada em julgado e a [garantia da] segurança jurídica”: não há ofensa à coisa julgada ou à segurança jurídica porque o *decisum* entre as partes não se modifica. É o ressarcimento ao ofendido que será discutido e decidido, sem se afetar a parte estranha à segunda lide.
- 3) Falibilidade do magistrado (pessoa humana): *Errare humanus est*. Mas “o fato de o juiz ser falível, como todos os seres humanos, não pode servir de escusa para o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, pelas mesmas razões que não serve de escusa a qualquer pessoa, na vida pública ou privada”.⁸¹
- 4) Independência da magistratura: não se pode misturar a responsabilidade do Estado pelo provimento judicial com a responsabilidade pessoal do

⁷⁷ Apud STOCCO, Rui. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 58-59. (grifo nosso).

⁷⁸ Reforça-se a nomenclatura “típico” e “atípico” de determinada função estatal (*v.g.* a jurisdicional) para que fique claro qual o regime de responsabilidade em cada um deles.

⁷⁹ Cf. p. 70 et seq. deste trabalho.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, ano 12, n. 11, p. 715-723, nov. 1996.

⁸¹ Id. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 56.

magistrado. A responsabilidade daquele não implica necessariamente na responsabilidade deste. Ademais, os requisitos são diversos.⁸²

Ainda, nas palavras de Maria Ángeles García García:

Toda reforma processual que pretende – ou tenha pretendido – modernizar e potencializar a dimensão do serviço público de justiça é – e tem sido – contestada fundada na independência judicial. [...] Não se pode compreender que a ineficácia da justiça como serviço público, que tanto irrita os cidadãos, supõe a negação de um direito fundamental: o direito à tutela judicial efetiva.⁸³

5) Teoria do risco assumido pelo jurisdicionado, como se o Estado pudesse impingir ao jurisdicionado, o qual obrigatoriamente deve recorrer ao Estado para solucionar suas lides de forma vinculante, as eventuais falhas na prestação deste serviço. Conforme já dito alhures, o serviço público, qualquer que seja, deve funcionar bem.

6) Ausência de texto expreso em lei, o que se afasta com a simples leitura do artigo 37, §6º da Constituição Federal, o qual não faz qualquer diferenciação quanto ao tipo de serviço indenizável. Ademais, na linha do Código Civil, não é possível norma reguladora para todo e qualquer tipo de dano.

Assim, fica admitida a responsabilização do Estado pela prestação jurisdicional, inclusive quando esta, por *faute du service*, não se concretiza a contento.

Isto porque a prestação orgânica e regrada da justiça, operacionalizada por meio do *procedimento*⁸⁴ pode levar à responsabilização estatal, por ferir os princípios norteadores da ação da Administração.

4.5.5.1 Responsabilidade pessoal dos servidores públicos

Quando o Estado seleciona alguns cargos que desempenham algumas funções especiais de comando e de ordens, deve avalizar a liberdade necessária para a tomada destas

⁸² Far-se-á referência a esta situação para dizer que seria crível a responsabilidade pessoal do magistrado tão-somente nos casos de dolo ou culpa grave, devidamente comprovados.

⁸³ GARCÍA GARCÍA, Maria Ángeles. La justicia, um servicio público deficiente y tardio. In: _____ et al. **Poder judicial y servicio público**. Madrid: Lerko Print, 2007. (Estudios de derecho judicial, 109). p. 15. Tradução nossa. No original: “Toda reforma procesal que pretende – o ha pretendido – modernizar y potenciar la dimensión de servicio público de la justicia es – y ha sido contestada – con la apelación a la independencia judicial. [...] No se alcanza a comprender que la ineficacia de la justicia como servicio público, que tanto exaspera a los ciudadanos, supone la negación de un derecho fundamental: el derecho a la tutela judicial efectiva.”

⁸⁴ “Procedimento é o conjunto ordenado dos atos mediante os quais, no processo, o juiz exerce a jurisdição e as partes a defesa de seus interesses. Sabido que o processo se compõe de uma relação entre pessoas e uma relação entre atos (Liebman) [...], procedimento é um dos fatores que o integram, dando expressão sistemática a seus atos. Dos elementos que compõem o ente complexo *processo* – relação jurídica processual e procedimento – só este é dotado de uma expressão perceptível aos sentidos, porque se revela em atividades concretas que se realizam desde o início, com a apresentação da demanda ao Estado-juiz, até ao fim, quando este emite o provimento que irá reger a vida dos litigantes.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II, São Paulo: Malheiros, 2001. p. 440. grifo do autor).

decisões, de forma a deixá-los mais livres para escolher o que é certo, e não o que é mais fácil.

Ou seja, na sua avaliação da situação, no seu julgamento (termo apropriadíssimo para o tema tratado), o agente político não pode estar atrelado a qualquer coisa que não sejam as determinações circunscritas na mais estrita obediência à legalidade (em seu sentido lato) e à justiça. Porque, quando assim age, cumpre a medida de sua criação e atinge a finalidade visada pela Administração: o resguardo do interesse público, meta única do Estado.

Difere da situação dos demais servidores que, igualmente importantes para a realização das expectativas estabelecidas pelo ordenamento⁸⁵, seguem um padrão mais previsível e menos criativo – as funções mais ligadas ao expediente.

Aonde se pretende chegar?

Na constatação que não se pode aplicar o regime de responsabilidade do agente público “comum” ao agente que exerce diretamente parcela do poder soberano de forma mais direta. Nesta discussão, a atuação do órgão judicial (juízes) separadamente dos auxiliares na função judicial.

Um exemplo torna a relevância da distinção mais palpável: um analista judiciário, servidor público, que, por equívoco, não junta uma determinada contestação protocolizada, o que leva o juízo a declarar a revelia do réu e, assim, julga a lide com base na presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial, prejudicando gravemente o réu.

Supondo-se que o prejudicado conseguisse comprovar mais tarde que não ocorrera a revelia – e isto sem levar em conta os demais andamentos da discussão principal do processo – já haveria prejuízo para os litigantes e para a prestação jurisdicional escorreita desde o momento da omissão. O tão-só fato de ter de se comprovar o erro já desvia o foco da solução da lide e retarda ainda mais a resolução da querela, sem qualquer atitude reprovável imputável a qualquer dos usuários do serviço judicial.

Porque está dentro de suas atribuições a colação de documentos aos autos, o servidor deixou a desejar no desempenho de suas funções. E, porque não cumpriu a contento, o julgamento foi retardado. Conduta (omissiva, no caso) ligada a um dano por meio de um liame causal. Há responsabilidade do Estado, de forma objetiva e direta, porque o Estado não prestou o serviço da forma que se esperava dele. E não o fez por meio de seu funcionário, o

⁸⁵ Neste ponto, para que a paixão não se sobressaia ao rigor científico exigido pela investigação proposta, ressalta-se novamente que a pedra na base da montanha não é nem mais e nem menos importante do que a que forma o cume. “Um lugar para todos e todos em seus lugares”, contribuindo-se para o harmonioso funcionamento do sistema.

qual “poderá-deverá” ser responsabilizado *após* condenação do Estado em lide própria para ressarcimento das partes prejudicadas, então pelo regime de responsabilidade subjetiva, por expressa disposição constitucional, a nosso ver, acertadamente.

Situação diversa é a do magistrado que, em se omitindo, não julga. Essa é a atividade precípua e criativa que deve desenvolver, sob um regime publicista diverso de responsabilidade. Aí, o Estado tem a responsabilidade pela prestação do serviço, porém só poderá regredir caso comprove dolo ou culpa grave do magistrado.

Senão, veja-se:

4.5.5.2 Responsabilidade pessoal do magistrado

No tocante à responsabilidade pessoal do juiz, o artigo 133 do Código de Processo Civil estabeleceu que o juiz responde por perdas e danos quando: “(I) no exercício de suas funções, [procede] com dolo ou fraude” ou quando (II) queda-se inerte no caso em que deveria tomar providência *ex officio* ou após pedido de uma das partes, sem justo motivo”. A norma ainda afirma que só há responsabilidade se o magistrado, no último caso, for cientificado via escrivão da reiteração do pedido, dando-se-lhe o prazo de dez dias para que tome as providências cabíveis.

Argumentam alguns que esta responsabilização não encontra guarida no atual sistema constitucional, eis que inverteria o regime de imputação estabelecido pelo artigo 37, §6º da CF/88 e que o legislador ordinário não pode restringir ou inovar de encontro ao texto constitucional.⁸⁶

Tal imputação direta à pessoa do magistrado só poderia ocorrer nos casos apontados por Barraza⁸⁷, quais sejam, quando o juiz age com *dolus malus*, ou seja, com a intenção deliberada de prejudicar terceiros. Aí, não age como magistrado, mas valendo-se de tal condição.

Todavia, conforme já apontado, toda vez que o agente público – inclusive o juiz –, valendo-se desta condição, quer prejudicar a outros, a ação é imputada ao próprio Estado e, por isso, este último responde pela conduta ilegítima, dando azo a indenização e, em se provando a culpa *lato sensu* do magistrado, uma possível ação de regresso. Mas sempre?

⁸⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 811-812.

⁸⁷ BAZARRA, Javier Indalecio. **Responsabilidade del Estado por funcionamiento anormal de la actividad judicial**. Buenos Aires: Universitas, 2006.

Esclarece-se que a responsabilidade pessoal e direta do magistrado, excluindo-se por completo a responsabilidade do Estado, não encontra guarida no ordenamento como um todo. De novo: a responsabilidade prevista no art. 133 do *Codex* adjetivo ou não foi recepcionada pela Constituição, ou, ao menos, não no sentido de atribuir responsabilidade pessoal ao magistrado por atos que *como magistrado* deveria exercer. Explica-se: caso o magistrado tenha agido com dolo ou culpa *grave*⁸⁸, poderá o Estado *regredir* contra ele, *após* ter ressarcido o lesado pelas ilegalidades ocorridas (por dolo ou omissão injustificada), comprovando a ação culposamente qualificada ou dolosa.

Afasta-se a hipótese de responsabilidade solidária apontada por alguns porque não se pode ser solidário consigo mesmo. E como o magistrado, nessa qualidade, atua *como se fosse o próprio Estado*, não se tem por crível a solidariedade. Ademais, se isto fosse possível, para a configuração de responsabilidade solidária, haveria de ter texto expresso neste sentido – e não há.

Assim, tem-se por esta a única forma de se poder interpretar a norma processual conforme as disposições constitucionais do art. 37, §6º. Atos do magistrado *como cidadão comum* (e, portanto, são atos da pessoa física) gerarão responsabilidade pessoal, no campo das obrigações comuns. Se, porém, a causa de pedir e o pedido se relacionam com a prestação jurisdicional, tanto é suficiente para se colocar o Estado (e somente ele) no pólo passivo da ação ressarcitória.

4.5.5.2.1 Dolo e culpa grave do magistrado

Tem-se a possibilidade de imputação de responsabilidade à própria pessoa do magistrado, *por ato na qualidade de magistrado, em ação de regresso, após condenação do Estado*, somente nos casos de dolo ou culpa grave.

Na lição de Sérgio Cavalieri Filho⁸⁹:

[...] a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada de culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal.

⁸⁸ Entende-se que a culpa *simples* (mormente por imperícia) no âmbito da atividade jurisdicional não se adéqua ao caráter eminentemente discursivo do Direito. Cf. folha 97 deste trabalho.

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 62.

Termina por dizer que a regra, no direito civil, é a indenização pela extensão do dano e não pela gravidade da culpa, ressalvando alguns casos de legislação especial, como o artigo 247 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

Qual a influência disto na responsabilização do magistrado no direito nacional?

Por certo é fácil identificar a razão pela qual o Estado pode e deve regredir em face do magistrado criminoso, do juiz celerado, do juiz “delinquente” de Barraza.⁹⁰ Se o magistrado, valendo-se desta posição, direciona-se voluntariamente a um fim espúrio e vil, responderá não apenas pela indenização aos cofres públicos, mas também deverá responder perante a própria Administração e, em sendo o caso, num tribunal penal. Todavia, no caso de culpa *simples* (leve ou levíssima), entende-se não caber tal responsabilização, ainda que em regresso, pela própria natureza do ofício. No tocante à atividade jurisdicional típica, envolvendo o ato decisório da lide, é certo que, pela natureza discursiva do Direito, há várias interpretações sobre as normas que regem a vida em sociedade.

É fato evidente que os tribunais divergem entre si sobre questões idênticas. Mesmo dentro de seus órgãos (juízes monocráticos, turmas, seções...) não há unanimidade sobre tudo. Os fatos e as normas devem ser conjugados com a dialeticidade que lhes é inerente. O perigo reside, porém, na responsabilização do magistrado por *imperícia simples* (em imprudência ou negligência qualificada pela função judicial), pretensamente verificável, por exemplo, numa “errônea” ou “má” interpretação de uma norma, ou na declaração de inconstitucionalidade de uma norma considerada, mais tarde, constitucional. Veja-se que o caos se instalaria no “poder” Judiciário. Ademais, ninguém mais se disporia ao cargo de juiz. Diferentemente, porém, da situação da *culpa grave*, onde há previsibilidade acima do normal, verificável até mesmo ao cidadão comum, leigo na área jurídica, o que é inadmissível para o magistrado.

Em analogia, seria como a hipótese descrita no Estatuto da Advocacia, em seu artigo 34, IX e XXIV, que falam respectivamente sobre o prejuízo ao constituinte por culpa grave do advogado e da incidência em erros reiterados *que evidenciem inépcia profissional*.⁹¹

Evidentemente, tais situações só se configurarão após oitiva do próprio magistrado em julgamento, garantido-se-lhe todos os direitos e prerrogativas, inclusive

⁹⁰ BAZARRA, Javier Indalecio. **Responsabilidade del Estado por funcionamiento anormal de la actividad judicial**. Buenos Aires: Universitas, 2006. p. 11.

⁹¹ VADE Mecum Saraiva. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 10 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1045-1046.

aqueles de após o vitaliciamento, bem como os de ampla defesa e garantia de contraditório.

4.5.6 Denúnciação da Lide - Responsabilidade do Estado e Direito Regressivo Contra o Funcionário Causador do Dano

Caberia indagar se o Estado, responsabilizado pela demora, má prestação ou não-prestação da tutela judicial adequada, poderia regredir em face do agente que, nesta qualidade, houvesse dado causa à falta.

Há posicionamento no sentido de não se admitir tal intervenção de terceiro, a uma porque não se teria economia processual alguma e sim demora, pois correriam em paralelo duas ações cognitivas: uma em sede de responsabilização objetiva e outra em responsabilização subjetiva, ambas devendo ser decididas em uma única sentença, o que acarretaria maior dilação probatória e, conseqüentemente, menor celeridade. A duas, porque o fundamento da responsabilização subjetiva, com supedâneo na culpa ou dolo, seria fundamento novo, estranho à discussão de fato, proposta nos limites do pedido feito pelo autor-vítima de ato da Administração.

Neste sentido:

Denúnciação da lide. Art. 70, III, do CPC. A denúnciação da lide só é obrigatória em relação ao denunciante que, não denunciando, perderá o direito de regresso, *mas não está obrigado o julgador a processá-la, se concluir que a tramitação de duas ações em uma só onerará em demasia uma das partes*, ferindo os princípios da economia e da celeridade na prestação jurisdicional.⁹²

Assim, não está o julgador adstrito à denúnciação, podendo rejeitá-la, se o caso, no que toca ao entendimento da maior parte da doutrina e da jurisprudência.

Em posição peremptória sobre o assunto, assevera Edmir Netto de Araújo:

[...] a posição da Fazenda, ao denunciar a lide, é contraditória: se está denunciado a lide, no caso de ação promovida contra si por responsabilidade civil, objetiva, estará *confessando* a lide, pois está reconhecendo que um agente seu causou um prejuízo injusto a particular, por *dolo ou culpa*; e se no sistema constitucional o dolo ou culpa do servidor (art. 37, §6º, da CF) não eximem o Estado da responsabilidade (na verdade, é exatamente o oposto), a Fazenda Pública, com essa confissão, *não pode contestar* a ação contra si intentada. Está, também, no mínimo, ignorando o princípio da

⁹² 1ª Seção, ED. no Resp. 313.886, Min. Eliana Calmon, j. 26.02.2004, DJU 22.03.2004. (grifo nosso).

indisponibilidade do interesse público, ao transigir em uma ação, *a priori*, sem que se verifique a probabilidade do seu fracasso judicial. O advogado do prejudicado, em nosso entender, poderia nesse caso requerer o “julgamento no estado do processo.”⁹³

Esta a posição predominante na doutrina e na jurisprudência.

Há, todavia, entendimento no sentido contrário:

O entendimento de que o fundamento da responsabilidade do Estado é o nexó objetivo do dano, enquanto o da responsabilidade regressiva do funcionário é a culpa, *data venia*, não impede o exercício da denúncia da lide.

[...]

Existindo o direito regressivo a ser resguardado pelo réu, a instauração do procedimento incidental da denúncia em nada altera a posição do autor na ação principal. Se o seu direito de indenização é objetivo, continua com esse caráter perante o Estado-réu. Se o direito regressivo contra o funcionário depende da culpa do servidor que praticou o ato lesivo, ao denunciante é que incumbirá o ônus da prova da culpa, durante a instrução normal do processo. O autor da ação principal não sofre agravo nenhum em seu ônus e deveres processuais. O direito regressivo do Estado é que restará condicionado ao fato da culpa do servidor e só será acolhido se tal restar evidenciado na instrução.

[...]

Se o art. 70, n.III, do CPC, prevê a denúncia da lide “àquele que estiver obrigado pela *lei* ou pelo contrato, a indenizar, em ação *regressiva*, o prejuízo do que perder a demanda”; e se o texto constitucional é claríssimo em afirmar que o Estado tem “ação regressiva contra o funcionário responsável”, não há como vedar à Administração Pública o recurso à litisdenúncia.”

Caso se indague se tal denúncia seria obrigatória ou facultativa,

A moderna orientação do STJ é, porém, a de que mesmo não sendo medida obrigatória, nada impede que a Fazenda Pública utilize a denúncia da lide ao seu servidor, quando demandada para responder civilmente por ato deste. Aliás, tem sido destacado que “é de todo recomendável que o agente público, responsável pelos danos causados a terceiros, integre, desde logo, a lide, apresente sua resposta, produza prova e acompanhe a tramitação do processo”. Portanto, pode e deve a entidade pública promover a denúncia da lide ao preposto, nas ações indenizatórias.⁹⁴

Entende-se ser esta a posição mais adequada. Respeitado o entendimento dos que pensam diferente, entende-se que a denúncia traz maior celeridade e mais segurança

⁹³ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 776. (grifo nosso).

⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1. p. 143-144. (grifo do autor).

jurídica, uma vez que resolve a lide, de uma vez e sem riscos de decisões conflitantes, como um todo.

Ademais, não será a objetividade ou subjetividade de cada uma das responsabilidades em jogo que irá retardar o andamento do processo ou sua solução rápida e eficaz⁹⁵ – o pagamento pela *via crucis* do precatório, infelizmente, se encarregará disso.⁹⁶

Por fim, ao autor cabe, no regime objetivo de responsabilização, comprovar o dano e o nexo de causalidade com uma ação ou omissão de um agente estatal que, nessa qualidade, atuou. E ponto.

Bem verdade é que, na mesma sentença, deverá ser já analisada a pretérita manifestação volitiva do agente para, em sendo o caso, voltar-se imediatamente contra ele e dele ter restituído o montante a ser gasto na indenização.

Entretanto, relembre-se o papel da própria Justiça: restabelecer a harmonia e o equilíbrio que antes havia no mundo dos fatos, para todas as partes. Não apenas o administrado-vítima foi lesado, mas toda a comunidade, com o desacerto estatal praticado via seu agente. Não é justo que se “acelere” a prestação jurisdicional a favor de um indivíduo, mesmo que no ressarcimento do mais lícito direito, ao mesmo tempo em que se tolera a demora e a improbabilidade do ressarcimento aos cofres públicos. Em última análise, estes representam o dinheiro de todo o povo e, por isso, também não podem deixar de ser tempestivamente recompostos.

4.5.6.1 Regresso – poder-dever da Administração

O Estado indeniza o lesado pela prestação jurisdicional que não se tenha mostrado a contento porque é ele o responsável por ela. Todavia, o “Estado” em si não existe. É uma ficção jurídica, tal qual a “pessoa jurídica” oriunda do direito civil – tanto que o ente estatal é composto por várias pessoas jurídicas de Direito público internas (Estado-membro, União, Município e Distrito Federal) ou externa (União) que fisicamente não existem. O dinheiro utilizado para a reparação patrimonial sai do erário. E este dinheiro tem ingresso no erário no momento da cobrança de tributos, pagos por cidadãos que são “plenamente existentes” como realidade palpável.

⁹⁵ Citando Weida Zancaner, Bandeira de Mello aponta um “retardamento injustificado do direito da vítima”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1050.

⁹⁶ Fazem-se necessárias futuras reflexões sobre este instrumento de (não) pagamento de dívida estatal.

Finalizando, não cabe à direção do ente estatal responsabilizado pela prestação inadequada do serviço jurisdicional (da União, do Distrito Federal ou dos Estados-membros) um juízo de *discrecionarietà* quanto ao regresso sobre o funcionário faltoso. Trata-se de medida processual que atende tanto à celeridade da resolução quanto a economicidade que deve guiar os atos do Estado e até mesmo o impedimento de decisões eventualmente contraditórias.

Neste último ponto, esclarece-se: Se por acaso se deixasse para eventual discussão do regresso em outro processo, poder-se-ia ter decisões acatando a existência de dano (na ação originária, sob responsabilização objetiva) e, em regresso noutro juízo, o acolhimento de eventual pleito de inexistência de dano (na ação regressiva, com análise de culpa *lato sensu*), ou seja, surgiriam decisões contraditórias. Tal ocorrência geraria ofensa à segurança jurídica e ensejaria um enriquecimento ilícito do agente perpetrador da ilicitude. Por que? Porque o Estado teria indenizado a pessoa lesada num evento judicialmente tido por danoso e, ato contínuo, este mesmo judiciário (por meio de outro magistrado) diria que evento danoso não ocorrera, impossibilitando a cobrança do despendido na primeira indenização. E a sociedade é que acabaria arcando com o prejuízo, o que não se pode admitir.

Assim sendo, é importante que se assegure o regresso nesses casos.

CONCLUSÕES

1. Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido. É ontologicamente uno.
2. O Estado Democrático de Direito pressupõe a distribuição do exercício do poder soberano em diferentes funções.
3. Esta divisão de tarefas, em conjunto com um controle recíproco, garante o correto balanceamento do poder. Nenhum ramo de atividade estatal concentra o desempenho exclusivo de todas as potestades.
4. A visão tripartite do poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), ainda que textualmente prevista na Constituição, não se sustenta. O que se dividem são as funções estatais. Os “poderes” exercem funções típicas e atípicas a todo tempo, que envolvem normatização, julgamento e execução em todas as suas atividades.
5. Assim, a responsabilização pela conduta advinda do desempenho destas funções é perfeitamente admissível.
6. O Estado pode ser responsabilizado tanto pela atuação lícita quanto ilícita no desempenho destas funções, sem que isto represente enfraquecimento de seu poder soberano.
7. A imputabilidade por esta conduta estatal está inserida no campo da responsabilidade extracontratual (ou aquiliana), porém fora das condicionantes tipicamente privatísticas deste instituto. A responsabilidade estatal não é mais “civil”, e sim, “pública”, dada suas especificidades.
8. Todavia, para a configuração desta responsabilidade, também estão presentes, como na responsabilidade civil comum, a presença do dano, da conduta do agente público (omissiva ou comissiva) e do liame de ligação entre uma e outra (o nexo de causalidade).
9. Porém, mais uma diferença em relação à responsabilidade aquiliana civil: na análise da responsabilidade estatal, sempre no campo da responsabilidade objetiva, prescinde-se da perquirição acerca da vontade subjetiva do agente (dolo e culpa), o que só será levada em consideração em subsequente ação regressiva.
10. O Estado é responsável não apenas pelo acesso à justiça, mas pela efetivação de seus julgados.
11. Erros judiciários são combatidos por meio dos recursos processuais.
12. O Estado responde objetivamente perante o administrado por não ter prestado um serviço adequadamente (tanto pela ausência quanto pela má ou tardia prestação).

13. Após condenação, o Estado pode regredir em face do servidor ou do magistrado, exigindo-se, neste último caso, a presença de dolo ou culpa grave.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 5-48, nov. 1993.

ALCANTARA, Christian Mendez. Os princípios constitucionais da eficiência e eficácia da administração pública: estudo comparativo Brasil e Espanha. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 1, p. 24-49, ago./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.abdconsti.com.br/revista/ARTIGO202.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2010.

ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁLVAREZ SACRISTÁN, Isidoro. **La justicia y su eficacia**. Madrid: Colex, 1999.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional**. São Paulo: RT, 1981.

ARDANT, Philippe. **Justice et responsabilité de l'État**. Sous la direction de Maryse Deguegue. Préface de Philippe Ardant. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Madrid: Editorial Ariel, 2009.

BAZARRA, Javier Indalecio. **Responsabilidade del Estado por funcionamiento anormal de la actividad judicial**. Buenos Aires: Universitas, 2006.

BERNAL, Francisco Chamorro. **La tutela judicial efectiva**: derechos y garantías procesales derivados Del artículo 24.1 de la Constitución. Barcelona: Bosch, 1994.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BORGES, Anselmo. Potestas e autoctorias. **Diário de Notícias**, Lisboa, 23 jan. 2010. Opinião. Disponível em: <<http://dn.sapo.pt/inicio/opiniao/interior>. As px? content_id1476678>. Acesso: set. 2010.

CAHALI, Yussef Said. **Da responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____.; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____.; _____. **Constituição da República Portuguesa anotada**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASAGRANDE FILHO, Ary. **Estado regulador e controle judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CASTELLS, Antoni; DURÁN, José Maria (Coord.). **Las nuevas fronteras del sector público ante la globalización**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos atos administrativos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

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

CHAGAS, Marcos. Ministro do STJ diz que redução de prazos e de recursos pode dar celeridade à justiça. **Agência Brasil**, Brasília, DF, 11 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2323550/ministro-do-stj-diz-que-reducao-de-prazos-e-de-recursos-pode-dar-celeridade-a-justica>>. Acesso em: set. 2010.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León. **Poder ejecutivo y función jurisdiccional**: contribución al estudio del Estado autoritario: del ocaso de la Justicia en America Latina. México: Instituto Nacional de Administracion Publica, 1986.

CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 64, p. 73-102, 1969.

CUCHILLO FOIX, Montserrat. **Jueces y administracion en el federalismo norteamericano**: el control jurisdiccional de la actuación administrativa. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. A questão do prazo razoável da duração do processo. **Revista CEJ**, Brasília, DF, ano 14, n. 48, p. 4-13, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/1334/1312>>. Acesso em: 2010.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Responsabilidade do Estado por atos judiciais**. São Paulo: Ed. RT, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, ano 12, n. 11, p. 715-723, nov. 1996.

_____. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EFETIVIDADE.NET. Disponível em: <<http://www.efetividade.net/about>>. Acesso em: jun. 2010.

EFICIÊNCIA. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Efici%C3%Aancia>>. Acesso em: jun. 2010.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Democracia, jueces y control de la administracion**. Madrid: Editorial Civitas, 1995

_____. **Hacia una nueva justicia administrativa**. Madrid: Editorial Civitas, 1989.

ESPAÑA. Constitución Española. Aprobada por las Cortes en Sesiones Plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado Celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada: por el pueblo español en referendun de 6 de diciembre de 1978. **Boletín Oficial del Estado Gaceta de Madrid**, Madrid, 29 dic. 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>>. Acesso em: 2010.

FAVOREAU, Louis. **Legalidad y constitucionalidad**: la constitucionalización del derecho. Tradução de Magdalena Correa Henao. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2000.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Responsabilidade civil do Estado-juiz**. Curitiba: Juruá, 1995.

FRANCO, Simone. **Anteprojeto de reforma do CDC será apresentado no início de junho**. 11 maio 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/detalha_noticias.asp?codigo=78435>. Acesso em: set. 2010.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração de processo**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.

GARCÍA GARCÍA, Maria Ángeles et al. **Poder judicial y servicio público**. Madrid: Lerko Print, 2007. (Estudios de derecho judicial, 109).

_____. La justicia, um servicio público deficiente y tardio. In: _____ et al. **Poder judicial y servicio público**. Madrid: Lerko Print, 2007. (Estudios de derecho judicial, 109).

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

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Itziar. **La eficacia de las sentencias dictadas por el TJCE**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004.

GONZÁLEZ PERÉZ, Jesús. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989.

INTERNACIONAL ORGANIZATION FOR STANDARTIZATION. Disponível em: <<http://www.iso.org>>. Acesso em: 23 set. 2010.

_____. **About ISO: the Iso system: discover ISO: why standards matter**. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/about/discover-iso_why-standards-matter.htm>. Acesso em: 23 set. 2010.

JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdiccional**. São Paulo: J. de Oliveira, 1999.

JUSTIÇA brasileira tem 45 milhões de processos em tramitação. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, DF, 2 jun. 2009. Disponível em: <http://wwwh.cnj.jus.br/portalcnj/index.php?option=com_content&view=article&id=7609:jus-tica-brasileira-tem-45-milhoes-de-processos-em-tramitacao&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: jul. 2010

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Método, 2007.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **A responsabilidade civil do juiz**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

LÁZARO, Javier Martínez. Organización judicial y servicio público de la justicia. In.: GARCÍA GARCÍA, María Ángeles et al. **Poder judicial y servicio público**. Madrid: Lerko Print, 2007. (Estudios de derecho judicial, 109).

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. Fundamentos da Irresponsabilidade Pública por Atividade Judiciária. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MALUF, Said. **Teoria geral do Estado**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1991.

MARIENHOFF, Miguel S. **Responsabilidade extracontratual Del Estado por las consecuencias de su actitud “omisiva” en el ámbito del derecho público.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

MARINHO, Josaphat. A função de julgar e a Constituição. **Revista da Associação Brasileira de Letras Jurídicas:** ABLJ, Rio de Janeiro, ano 8, n. 6, p. 169-179, jul./dez. 1994.

MARTINS, Águeda Passos Rodrigues. **O judiciário no sistema de controle estatal.** Fortaleza, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDIETA, Manuel Villoria. **Ética pública y corrupción:** curso de ética administrativa. Madrid: Tecnos, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito público:** parte geral. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 3.

_____. **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 2.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. (Baron de). **O espírito das leis.** Tradução de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo.** São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Aula ministrada em 13 de setembro.** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/public.html/article.php.story=20081009142057273>>. Acesso em: jun. 2010.

NOVO CPC: TJ/MG audiência pública debate processo civil. 22 fev. 2010. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=102307>. Acesso em: set. 2010.

OLIVEIRA, José Carlos de. **Responsabilidade patrimonial do Estado**: danos decorrentes de enchentes, vendavais e deslizamentos. Bauru: EDIPRO, 1995.

OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PARAGUAY. **Código Procesal Penal de La República del Paraguay**. Disponível em: <http://www.pj.gov.py/ebook/sitios/Libros/Tomo_III_Coleccion_de_Derecho_Penal.pdf>. Acesso em: set. 2010.

PESTANA, M. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. **El control de proporcionalidad de la actividad administrativa**. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

RECASENS SICHES, Luis. **Tratado general de filosofía do derecho**. 3. ed. Cidade do México: Porrúa, 1965.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA. Brasília, DF: Senado Federal, Serviço de Informação Legislativa, v. 31, n. 122, abr./jun. de 1994.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

RÖTZSCH, Rodrigo. Presidente do STF propõe emenda contra recurso que adia decisão. **Folha.com**, São Paulo, 21 mar. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/892055-presidente-do-stf-propoe-emenda-contra-recurso-que-adia-decisao.shtml>>. Acesso em: mar. 2011

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**: objeto y fundamentos de La construcción sistemática. Prólogo de Antonio López Pina. Tradução de Mariano Bacigalupo et alii. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SIQUEIRA, Bruno Luiz Weiler. O nexo de causalidade na responsabilidade patrimonial do Estado. Disponível em: < <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud6/nexo.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2010.

SILVA, Juary C. **A responsabilidade do Estado por atos judiciais e legislativos**: teoria da responsabilização unitária do Poder Público. São Paulo: Saraiva, 1985.

SILVA, Onildo Antônio Pereira da. O imodificável direito à tutela jurisdicional. **Revista da Associação Cearense de Magistrados**, Fortaleza, ano 4, n. 4, p. 15, set. 1995.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1996.

STEFANELLI, Carlos A. R. Serviços públicos. **La Ley**, Buenos Aires, ano 73, n. 31, p. 1-2, feb. 2009. Disponível em: <<http://contents.laley.com.ar/laley/cms/files/1631//diario%2013-2-09.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

STOCCO, Rui. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

SWISHER, Carl Brent. **Historic decisions of the supreme court**. 2. ed. Malabar: Fl: Robert E. Krieger Publishing Company, 1986.

TAWIL, Guido Santiago. **La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

_____. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais**. Belo Horizonte, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em: 10 set. 2010.

TOHARIA, José Juan. ¿Qué esperan los ciudadanos de la justicia? In: GARCÍA GARCÍA, Maria Ángeles et al. **Poder judicial y servicio público**. Madrid: Lerko Print, 2007. (Estudios de derecho judicial, 109).

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. 2010. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em: set.2010.

TRUJILLO, Élcio. **Responsabilidade do Estado por ato lícito**. Leme: LED, 1996.

VADE Mecum Saraiva. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 10 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WAGNER, Francisco Sosa. Poder Judicial, jueces y servicio público. In: GARCÍA GARCÍA, Maria Ángeles et al. **Poder judicial y servicio público**. Madrid: Lerko Print, 2007. (Estudios de derecho judicial, 109).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia social da prestação jurisdicional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 31, n. 122, p. 291-296, abr./jun. de 1994.