Responsabilidade civil do Estado por denegação do acesso à justiça^{*} Liability of State by denial of access to justice

Lucas Hayne Dantas Barreto^{**}

RESUMO

O presente artigo discute a possibilidade de responsabilização do Estado pela denegação do acesso à justiça, considerando-se esta um direito fundamental. Para tanto, aborda os fundamentos da responsabilidade do Estado, partindo-se de sua contextualização histórica, para compreender seus contornos e as razões da resistência hodierna à responsabilização estatal pela atuação jurisdicional. Examina, em específico, a responsabilidade pela denegação integral do acesso à justiça, bem como pela duração excessiva do processo, concluindo pela viabilidade de aplicação da teoria geral da responsabilidade do Estado também aos atos jurisdicionais, como forma de efetivação do próprio acesso à justiça.

PALAVRAS-CHAVE

Responsabilidade civil do Estado — acesso à justiça — direito fundamental — duração razoável do processo

* Artigo recebido em 11 de abril de 2012 e aprovado em 11 de julho de 2012.

** Professor de direito administrativo na Faculdade Ruy Barbosa (Salvador/BA). Mestre em direito público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do Instituto de Direito Administrativo da Bahia. Procurador Federal.

ABSTRACT

This article discusses the possibility of liability of the state by denying access to justice, considering it a fundamental right. In order to do that, it covers the fundamentals of state responsibility, starting from its historical context, to understand its contours and the reasons for resistance to today's liability for jurisdictional action. It examines, in particular, the full responsibility for the denial of access to justice, as well for the excessive length of proceedings, concluding by viability of applying the general theory of liability of the State also in case of jurisdictional acts as a way of effectiveness of access to justice.

KEY-WORDS

liability of the State — access to justice — fundamental right — reasonable length of process

1. Introdução

A responsabilidade civil do Estado é um tema que de há muito vem sendo amadurecido nas sendas do direito administrativo. Sua evolução guarda consonância com a própria afirmação do estado democrático de direito, considerando-se que a submissão de todos ao ordenamento jurídico — inclusive do Estado — é conquista que se deve festejar. Contudo, ainda hoje se identificam ranços de irresponsabilidade — ideia típica dos estados absolutistas — em determinados setores da atividade pública, sobretudo no que se refere à função jurisdicional, acerca da qual não são poucos os que ainda se quedam reticentes com sua submissão ao regime democrático da responsabilidade.

Nesse sentido, investigar-se-á aqui a viabilidade de aplicação da teoria geral da responsabilidade civil do Estado, já consolidada no âmbito da atuação administrativa, para a função jurisdicional. Dar-se-á enfoque especial a situações de denegação do acesso à justiça, considerando-se este como um dos direitos fundamentais de maior relevância, por viabilizar o respeito a todos os demais direitos consagrados no ordenamento.

Com este propósito, o artigo se constituirá desta introdução mais quatro partes. A primeira será centrada no exame do acesso à justiça, envolvendo sinteticamente sua conceituação e qualificação como direito fundamental. Na segunda, terá lugar a análise da responsabilidade civil do Estado, abrangendo ainda a abordagem de sua evolução e dos pressupostos para sua configuração.

Ademais, buscar-se-á desconstruir os principais argumentos tendentes a afastar, *a priori*, a responsabilidade do Estado no âmbito da atividade judicial. Na terceira, ingressar-se-á no estudo da responsabilidade civil do Estado pela atuação judicial omissa ou extemporânea, momento em que se abordarão algumas situações que exemplificam a teorização formulada, para, em seguida, qualificar a responsabilidade do Estado por denegação do acesso à justiça como forma de efetivação do próprio acesso à justiça. Por fim, virá a conclusão, onde se abordarão as potenciais repercussões da eventual adoção da teoria aqui sustentada, no sentido da verdadeira efetivação do acesso à justiça e da razoabilidade da duração dos processos.

2. O acesso à justiça como direito fundamental

O direito de acesso à justiça, como é cediço, está cristalizado no âmbito do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), no capítulo reservado aos direitos e garantias fundamentais. Segundo seu texto, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Entretanto, já não mais se pode restringir o acesso à justiça ao simples direito de acesso ao Judiciário, ou seja, ao direito de formular uma pretensão. Na feliz analogia de Wilson Souza, não é bastante garantir ao cidadão tão somente o direito a uma “porta de entrada”, mas também uma “porta de saída”.

É certo que o Estado há que instituir órgãos jurisdicionais e assegurar o seu efetivo funcionamento, fornecendo os meios necessários para que os cidadãos a eles tenham acesso,¹ o que envolve aspectos não apenas jurídicos, mas também econômicos, sociais e culturais.² Mas de nada valeria o referido direito, se não lhe fosse corolário o direito de obter uma resposta, qualificada por ser correta e tempestiva.

Cabe lembrar que, no sistema do *laissez-faire*, o acesso à justiça era meramente formal, disponível a todos aqueles que se dispusessem a arcar com seus custos, o que correspondia à então vigente ideia de igualdade formal. Afastar a pobreza em sentido legal não era preocupação do Estado.³

¹ SOUZA, Wilson Alves. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011. p. 25-26, 337.

² Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 15-29; Souza, *Acesso à justiça* op. cit., p. 26-59; TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 19-27.

³ Cappelletti e Garth, *Acesso à justiça*, op. cit., p. 9.

Foi apenas com a consagração do sistema do bem-estar social que o Estado ficou incumbido da efetivação de direitos econômicos e sociais, então consagrados com vistas a minimizar desigualdades que à época estavam na base de conflitos sociais.⁴ Consequentemente, a questão do acesso à justiça ganhou relevância na medida em que os cidadãos eram armados de novos direitos, o que repercutia em suas múltiplas relações e incrementava a probabilidade de conflitos.⁵ Tais conflitos são, em grande parte, levados ao judiciário, cuja demanda se agiganta cada vez mais,⁶ desproporcionalmente à capacidade do Estado em satisfazê-la.

Foi nesse contexto que o direito de acesso à justiça foi transformado “num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais”.⁷ Passa, assim, a ser encarado como direito humano basilar, requisito inafastável de “um sistema que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.⁸ Isto porque, caso não sejam efetivos os mecanismos que garantam o respeito aos direitos consagrados no ordenamento, esses não passarão de mera retórica institucional.

Deve-se ainda ter em mente que tal resposta deve advir de um processo permeado de garantias, que permitam conferir ao autor e a sua contraparte um equilíbrio de forças e armas, para que o magistrado possa chegar a uma solução *justa e eficaz*. É nessa linha a lição de Cappelletti, para quem

a expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (...) a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, *pressupõe* o acesso efetivo.⁹

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 43-44.

⁵ Cappelletti e Garth, *Acesso à justiça*, op. cit., p. 10.

⁶ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 130.

⁷ Santos, Introdução à sociologia da administração da justiça, op. cit., p.45.

⁸ Cappelletti e Garth, *Acesso à justiça*, op. cit., p. 9.

⁹ *Ibid.*, p. 8.

É justamente por tais razões que resta fora de controvérsia a natureza jusfundamental do direito de acesso à justiça. Portanto, em que pese a rica discussão que se encerra em torno do conceito de direito fundamental não caber nos contornos deste trabalho, é importante traçar algumas linhas acerca da concepção que o norteará.

Nesse sentido, na esteira de Galdino, entende-se por direitos fundamentais as normas-princípio que funcionam como instrumentos de legitimação do próprio estado democrático de direito na cultura ocidental, as quais expressam valores de hierarquia tão elevada em um dado ordenamento jurídico que chegam a se confundir com a norma básica de reconhecimento das demais normas jurídicas. Funcionam também como parâmetros de interpretação, de tal modo que a melhor hermenêutica deles mesmos e das demais normas jurídicas venha a maximizar seu próprio conteúdo. Trata-se do que se convencionou chamar de “força expansiva dos direitos fundamentais”.¹⁰

Nesse diapasão, não se pode considerar o direito de acesso à justiça como um direito fundamental tão somente à vista de sua topografia no Título II da CF/88: a fundamentalidade do direito de acesso à justiça possui natureza não só formal, mas também material, uma vez que, ademais da consagração do dispositivo respectivo no bojo do art. 5º, ele representa, por si só, um dos valores mais caros ao estado democrático de direito, que é o direito de irresignar-se e insurgir-se contra atos que contrariem seus interesses.

Trata-se de um princípio fundante do ordenamento jurídico, corolário da regra geral de vedação à autotutela do indivíduo. Ora, se o Estado proíbe, salvo em situações excepcionais, que o cidadão defenda, por sua própria força, seus direitos, e toma para si o monopólio dessa tarefa, cabe-lhe estruturar-se para oferecer dignamente o serviço de solução das controvérsias.

Aliás, sob certo aspecto, é o direito fundamental mais importante, pois, sem a sua efetivação, todos os demais direitos, inclusive os fundamentais, quedar-se-iam sem qualquer proteção — o que ensejaria o seu sistemático descumprimento, em prejuízo de toda a sociedade. Todos os direitos, pois, ficam na dependência do direito de acesso à jurisdição,¹¹ seja para, pela sua mera existência, desestimular o desrespeito aos direitos em geral, seja para, em caso de efetivo desrespeito, providenciar a efetiva reparação dos danos causados.

¹⁰ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 7-8.

¹¹ Souza, *Acesso à justiça*, op. cit., p. 84.

Por fim, frisa-se que não se ignora que o acesso à justiça não se efetiva unicamente por meio do Poder Judiciário,¹² mas também, num sentido mais amplo, pelos chamados meios alternativos de solução de conflitos, que podem estar ligados a entidades públicas não pertencentes a esse poder, a exemplo do Ministério Público, OAB, Procon, Defensorias Públicas etc., ou mesmo a entidades privadas, como sindicatos, associações civis ou organizações de arbitragem.¹³ Contudo, como o escopo deste trabalho limita-se à abordagem da responsabilidade do Estado pela denegação do acesso à justiça, no viés específico das omissões e retardos judiciais, não se abordarão aqui tais questões, enfocando-se, especificamente, o viés da inafastabilidade da jurisdição.

Se é certo que a justiça pode ser acessada por outras vias, não é menos certo que a via jurisdicional deve ser mantida sempre aberta. Nesse sentido é que se fala em princípio da *ubiquidade*, um dos aspectos da concepção ampla de acesso à justiça. Como *ubíquo* é o que está em toda parte ao mesmo tempo, por ubiquidade da justiça entende-se o direito à tutela jurisdicional do Estado, assim entendido como o direito público subjetivo de acesso aos juízos e tribunais.¹⁴ Trata-se da inafastabilidade da jurisdição, que deve estar “em toda parte” em que for demandada a prestar seus serviços.

Esse direito de acesso à jurisdição deve ser compreendido não apenas no aspecto formal, mas, sobretudo, como já frisado, no aspecto do efetivo recebimento de uma resposta jurisdicional correta e tempestiva. Denegada pelo Estado tal resposta, por omissão ou ineficiência, será possível, como adiante se verá, a causação de dano indenizável, a ensejar sua responsabilização.

3. Responsabilidade do Estado por denegação do acesso à justiça

Inicialmente, cabe salientar que, sob qualquer aspecto que se analise, não se pode negar que a prestação da justiça corresponda ao conceito mais clássico de serviço público: é prestado diretamente pelo Estado, em regime de monopólio (critério subjetivo), para satisfazer uma necessidade coletiva de solução de conflitos (critério material), regido pelo regime jurídico de direito público (critério formal).¹⁵

¹² Cappelletti e Garth, *Acesso à justiça*, op. cit., p. 12.

¹³ Watanabe, *Acesso à justiça e sociedade moderna*, op. cit., p. 81-90.

¹⁴ Tucci e Tucci, *Constituição de 1988 e processo*, op. cit., p. 10-11.

¹⁵ SOUZA, Wilson Alves. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação: estudo*

Desta forma, em que pesem as diferenças entre as atividades administrativas e jurisdicionais, ambas estão abrangidas pelo conceito de serviço público.¹⁶ E, fundando-se a responsabilidade civil do Estado no risco advindo da sua prestação (teoria do risco), os danos causados em ambas as atividades subsumem-se, necessariamente, ao art. 37, § 6º, da CF/88.

3.1 A responsabilidade civil do Estado e sua evolução

Um dos temas que merecem uma atenção renovada a partir da centralidade dos direitos fundamentais é a *responsabilidade civil do Estado*.¹⁷ Até porque, como bem expôs Celso Antônio Bandeira de Mello, “um dos pilares do moderno Direito Constitucional é, exatamente, a sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, ao quadro da ordem jurídica, de tal sorte que a lesão aos bens jurídicos de terceiros engendra para o autor do dano a obrigação de repará-lo”.¹⁸

Tal concepção é fruto de uma lenta evolução, ainda inacabada. Partiu-se de uma era onde o Estado era absolutista, ou seja, titular de uma autoridade incontestável, a exercer a tutela do direito. Desta forma, entendia-se que jamais poderia ele agir contra o direito, pois qualquer responsabilidade que lhe fosse atribuída significaria colocá-lo no mesmo patamar do súdito, em desrespeito à sua soberania. Assim, restavam justificados os conhecidos adágios *the King can do no wrong* e *le roi ne peut mal faire*.

Tal concepção perdurou, no sistema europeu continental, até a primeira metade do século XIX, quando ainda prevalecia a ideologia do Estado liberal: como tal modelo de Estado tinha limitada atuação, a irresponsabilidade era consequência lógica de sua isenção.¹⁹

À medida do desenvolvimento da sociedade e a transfiguração do Estado em democrático de direito, foi tomando corpo a introdução de princípios do

comparativo entre o direito brasileiro e o direito português. 2006. Tese (pós-doutorado em direito) — Universidade de Coimbra. Coimbra. p. 358.

¹⁶ SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 79, n. 652, p. 31, fev. 1990.

¹⁷ Cumpre esclarecer que a referência à responsabilidade *do Estado* aqui constitui uma metonímia que abrange, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, além das pessoas jurídicas de direito público, as pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 926.

¹⁹ É de se registrar que havia, na época, limitadas hipóteses de responsabilização do Estado, desde que previstas em lei, ou de seus funcionários, de rara aplicação prática.

direito civil para fins de verificação da responsabilidade estatal, apoiando-se, pois, na ideia de culpa. O suporte remoto de tal mudança repousa no Código Civil francês de 1803, o qual previa que todo aquele que por ação ou omissão, por negligência, imperícia, imprudência ou dolo, causasse prejuízo a terceiro era obrigado a ressarcir o dano causado.

De início, distinguiram-se os atos de império dos atos de gestão. Com isso, pretendia-se apartar os atos imputáveis ao rei — que não podia errar, pois agia no exercício de sua supremacia²⁰ — dos atos do Estado, praticados por seus prepostos, como uma pessoa privada, equiparando-se ao particular na gestão patrimonial.²¹ Como consequência, o Estado respondia apenas em relação aos de gestão, não quanto aos de império, pois estes eram protegidos pelas então vigentes normas protetivas da figura estatal. Apesar de representar uma evolução, as dificuldades em precisar quais atos eram especificamente de império ou de gestão inviabilizaram parcialmente a efetivação da teoria.

Posterior evolver procurou excluir a referida distinção, passando a identificar a responsabilidade do Estado, por seus agentes, com aquela do patrão por seus empregados, apoiando-se nos arts. 1.382 a 1.384 do Código Civil de 1803.²² Passou-se, assim, a admitir a chamada teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva, a qual serviu de inspiração para o art. 15 do revogado Código Civil pátrio de 1916.

Foi somente em 1873, com o famoso caso Blanco, que houve a consagração da tendência à submissão do Estado à responsabilidade com base em princípios próprios de direito público, no momento em que o Tribunal de Conflitos reconheceu a responsabilidade estatal e atribuiu competência ao sistema de contencioso administrativo para examinar os pedidos de indenização formulados por particulares contra o Estado. Nesse momento, começaram a surgir as denominadas teorias publicísticas da responsabilidade do Estado.

A teoria da culpa do serviço visava substituir a ideia da culpa do funcionário pela noção de culpa do serviço (ou culpa anônima), assim entendida, segundo a clássica lição de Duez, como aquela existente quando “1^º *le service a mal fonctionné* (culpa *in commitendo*); 2^º *le service n’a pas fonctionné* (culpa *in*

²⁰ CAHALI, Yussef. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. rev. atual. ampl. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 22.

²¹ SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 54.

²² SOURDAT, M. A. *Traité général de la responsabilité ou de l’action en dommages-intérêts en dehors des contrats*. Tome II. 3^{ème} éd. rev. aug. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1876. p. 420.

omittendo); 3^a *le service a fonctionné tardivement*”,²³ independentemente de ter havido ou não culpa individual do funcionário.

Sem abandoná-la, o Conselho de Estado francês passou a adotar a teoria do risco, que serve de fundamento para a responsabilidade objetiva.²⁴ Nela, a noção de culpa é substituída pela noção de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço e o prejuízo experimentado pela vítima, pouco importando se houve ou não um funcionário culpado ou se o serviço funcionou bem ou mal. O fundamento de tal teoria é, remotamente, o princípio da isonomia e, mais proximamente, o princípio da repartição dos ônus e encargos sociais.²⁵ Ora, se o Estado age para beneficiar todos os cidadãos, também os prejuízos experimentados por alguns especificamente devem ser repartidos entre todos, o que será feito através do repasse, àqueles que tenham sido especialmente agravados, de recursos do erário.

No direito brasileiro, a responsabilidade do Estado tem tradição de longa data, sempre tendo sido admitida pelos Tribunais pátrios.²⁶ Resta pacificado que esta foi a teoria adotada, como regra, desde o constituinte de 1946, em dispositivo que foi reproduzido, com ligeiras alterações, nas constituições seguintes, até ser acolhida pelo constituinte de 1988, para caracterizar a responsabilidade do Estado no já referido art. 37, § 6^o.²⁷ O que ainda pode ser objeto de discussão, isto sim, é a exclusividade de tal teoria, para reger ações e omissões do Estado, ou se ainda se admite a convivência entre as teorias do risco, para atos comissivos, e da culpa anônima, para os omissivos. Mas tal controvérsia, como se demonstrará, é mais aparente do que efetiva.

3.2 Pressupostos da responsabilidade civil

Tradicionalmente, três são os pressupostos para a configuração da responsabilidade civil objetiva: a conduta, o dano e o nexo causal. Nos casos de responsabilidade subjetiva, acrescenta-se o quarto pressuposto, a culpa.

²³DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contract)*. Nouvelle édition entièrement refondue. Paris: Dalloz, 1938. p. 27.

²⁴DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 42.

²⁵Previsto no art. XIII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1787.

²⁶SENTO SÉ, João Nunes. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Tese (concurso para professor assistente) — Departamento II, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 1974. p. 16-22.

²⁷Cahali, *Responsabilidade civil do Estado*, op. cit., p. 32.

3.2.1 Conduta

Segundo a teoria do risco, hoje prevalente, não importa se a conduta causadora do dano é lícita ou ilícita, posto que, em ambos os casos, o Estado age enquanto sociedade personificada, e o proveito de sua atuação, de uma forma ou de outra, repercutirá para todos. Assim, é prescindível aferir-se a legalidade ou não de uma conduta para fins de responsabilização estatal. Por outro lado, mister se faz a identificação da perda de uma situação juridicamente protegida.

Nesse sentido, o ato causador do dano pode ser tanto uma ação estatal quanto uma omissão estatal. Deve-se destacar, desde logo, que, em casos de responsabilidade por omissão, o *nexo causal* não possui natureza física. Segundo a conhecida lição de Parmênides, “do nada, nada surge”, de modo que, se o Estado fizer *nada* (não agir), sua inação não tem aptidão para desencadear nenhuma reação causal. Por tal razão se afirma que a responsabilidade por omissão repousa numa *causalidade normativa*, ou seja, quando a norma jurídica impõe a alguém o dever de evitar um dano. Assim, as omissões estatais ou serão ilícitas, por violar o referido dever de agir, ou não ensejarão a responsabilidade do Estado.

3.2.2 Dano

A seu turno, não é qualquer dano que será indenizável. É necessário que tal elemento possua algumas características para ensejar a responsabilização estatal, quais sejam, deve o mesmo ser jurídico e certo. Por dano *jurídico* entende-se aquele que corresponde à lesão de um direito ou um interesse juridicamente tutelado; por dano *certo*, o efetivo, e não meramente eventual ou possível, ainda que futuro, a ser razoavelmente quantificado. O dano certo abrange tanto o dano emergente quanto o lucro cessante, além da perda de uma chance.

Caso a conduta ensejadora do dano decorra de um ato ilícito, esses dois adjetivos (jurídico e certo) são suficientes e bastantes para configurar a responsabilidade estatal, que se fundará no próprio princípio da legalidade. Contudo, em face da já citada teoria da repartição dos ônus e dos encargos sociais, caso o dano decorra de ato lícito, deverá o mesmo ser ainda qualificado como dano *específico* — deve onerar especificamente a situação particular de um ou mais indivíduos determinados (se afetar toda a coletividade, os ônus já

estarão repartidos, respeitado, pois, o princípio da isonomia que lhe serve de base), e dano *anormal*, assim entendido como o que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social,²⁸ posto que insuficientes para desequilibrar a balança da isonomia entre os cidadãos.

3.2.3 *Nexo causal*

Por nexo causal, entende-se o vínculo que liga o dano à conduta ou à atividade do agente.²⁹ Como já exposto supra, nas condutas ativas, o nexo é físico, naturalístico, enquanto, nas omissões, o nexo é estabelecido a partir de um dever de agir para evitar um dano, normativamente fixado.

O causador físico do dano pode ser uma força da natureza, um terceiro ou a própria vítima. Nesses casos, identificam-se as chamadas causas excludentes do nexo de causalidade, a saber, respectivamente, caso fortuito ou força maior,³⁰ conduta exclusiva de terceiro e conduta exclusiva da vítima. Tais causas impedem o estabelecimento da relação causal entre a conduta estatal e o dano, não permitindo o surgimento da responsabilidade do Estado caso tenham produzido o resultado.

Há situações, contudo, em que tais causas não possuem aptidão para, por si sós, produzirem o resultado danoso, somando-se a uma conduta do Estado para, em conjunto, gerarem o dano. Em situações tais, tratar-se-ão de *concausas*, que não impedirão o nexo causal, mas atenuarão, proporcionalmente, a responsabilidade.

É válido notar que, nos casos de responsabilidade estatal por omissões, a causalidade física será estabelecida justamente por uma dessas causas: o causador real do dano será a força da natureza, o terceiro ou a própria vítima. Mas a omissão do Estado erigir-se-á em causa, em virtude da violação do dever de agir. E não só isso: para atrair a responsabilidade, o Estado deverá possuir, no caso concreto, condições efetivas de impedir a produção do dano, já que, por princípio geral do direito, não é dado exigir de ninguém uma prestação impossível.

²⁸ Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 953.

²⁹ Serrano Júnior, *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*, op. cit., p. 31.

³⁰ Não se aprofundarão, em virtude das limitações deste trabalho, as numerosas propostas de distinção entre os conceitos de caso fortuito e força maior, lembrando apenas que os mesmos se aproximam por não serem relativos a condutas humanas.

3.2.4 Culpa

Como afirmado supra, a CF/88 acolheu expressamente a responsabilidade *objetiva* do Estado, para cuja configuração se prescinde da noção de culpa. E, como exposto, nos termos da teoria da culpa do serviço, a culpa relevante para a responsabilidade do Estado não se confunde com a culpa individual em sentido lato (negligência, imprudência, imperícia ou dolo), mas trata-se de uma *culpa anônima*, não identificável o servidor que atuar mal.

Atualmente, duas correntes se formaram acerca do tema. A primeira³¹ defende que a responsabilidade do Estado nos casos de omissões seria pautada na referida teoria da culpa anônima. Isto porque, nos termos do multicitado art. 37, § 6º, da CF/88, o Estado responde objetivamente pelos danos que “seus agentes, nessa qualidade, *causarem* a terceiros”.

Dessa forma, naturalisticamente, o causador do dano não terá sido o Estado, mas a força da natureza, um terceiro ou a própria vítima — que, por óbvio, não são *agentes* do Estado. Disto decorre que a responsabilidade, pelos danos causados, exsurge com fundamento na violação do princípio da legalidade (que impunha o dever legal de evitar o dano).

Em sentido diverso, a corrente³² que entende que o art. 37, § 6º, não se presta a essa distinção, tendo em vista que, nas omissões, o Estado efetivamente *causa* o dano, sendo a omissão erigida em causa pela norma constitucional.

Com a devida vênia aos defensores das correntes acima citadas, entende-se aqui que a controvérsia é mais aparente do que efetiva. Observe-se que, quando uma omissão é lícita — ou seja, o Estado não tinha dever legal de agir para evitar o dano —, não se pode estabelecer nenhum nexo entre a omissão estatal e o dano, uma vez que este foi causado por um fato da natureza, um terceiro ou a própria vítima. Por outro lado, caso o Estado tenha dever e condições efetivas de agir, e se tenha omitido ou retardado, configurada está a culpa anônima, pela falta ou atraso do serviço, para os primeiros, ou, simplesmente, estabelece-se o nexo causal entre a omissão ilícita e o resultado danoso, para os segundos.

³¹ Da qual tomam parte, exemplificativamente: Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 943; Idem. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 70, v. 552, p. 13, out. 1981. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 561.

³² Nesse sentido, entre outros, CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. ver. ampl. São Paulo: Atlas, 2010; Cahali, *Responsabilidade civil do Estado*, op. cit.

Ou seja, o que para os defensores da responsabilidade subjetiva do Estado em caso de omissão é ausência de culpa anônima, para seus opositores é simples falta de nexo causal, o que se reforça ante a concepção hodierna no sentido de que cabe ao Estado provar que o serviço funcionou, bem e tempestivamente.

Entende-se aqui que a expressão *culpa anônima* visa destacar, apenas, que, se o serviço não funcionou a contento, algum agente estatal laborou com culpa ou dolo. Mas, para a vítima, tal dado é despidendo, não importando identificar qual foi este servidor. Daí a qualificação da culpa como *anônima*, que, por ser irrelevante, não precisa ser analisada — com o que se recai na responsabilidade objetiva. Assim, qualquer que seja o caso posto em análise, ambas as correntes chegarão exatamente às mesmas conclusões, apenas utilizando-se de fundamentos diferentes.

3.3 Superação dos pretensos óbices à responsabilização civil do Estado por atos judiciais

Em que pese o desenvolvimento histórico da responsabilidade civil do Estado no que se refere aos atos administrativos, na análise do tema acerca dos atos jurisdicionais observa-se, ainda, uma tendência inercial de aplicação das teorias da irresponsabilidade, salvo em situações expressamente previstas em lei, o que, como já noticiado anteriormente, era a teoria prevalente na época do Estado absolutista.

Tais concepções parecem constituir uma incoerência em relação ao extraordinário desenvolvimento que o direito administrativo experimentou sob as raías do neoconstitucionalismo. Ora, considerando a existência de uma previsão constitucional ampla acerca da responsabilidade do Estado por atos de seus *agentes*, sem qualquer distinção sobre a natureza desse agente; considerando ainda que tal previsão visa instrumentalizar uma série de outros direitos e garantias fundamentais, é de controversa aceitação a sobrevivência da tese da irresponsabilidade, não importa em que nicho de atuação estatal.

Assim, é hora de analisar as objeções mais comumente levantadas pelas correntes que refutam a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, bem como as razões pelas quais as mesmas não merecem acolhida.

3.3.1 “Soberania” do Poder Judiciário

Um dos argumentos utilizados nesse contexto é o que defende que tal responsabilização comprometeria a “soberania” do Poder Judiciário, uma vez que a função jurisdicional corresponde ao exercício de parcela da soberania estatal.

Diversos argumentos se podem levantar contra essa ideiação. Por primeiro, é basilar que a soberania é característica do Estado, titular do grau máximo do poder político, e não de seus poderes constituídos.³³ Estes (compreendendo, além do Judiciário, o Executivo e o Legislativo) são meras divisões *funcionais* do poder estatal, todas dotadas de independência *entre si* — jamais independentes do Estado brasileiro. Trata-se da clássica cláusula de tripartição dos poderes, onde os mesmos sofrem e exercem controles recíprocos, com vistas à contenção do próprio poder. Por segundo, mesmo o Estado soberano responde pelos seus atos, donde se denota que não existe incompatibilidade entre soberania e responsabilidade na atual concepção de Estado.

Ademais, em um estado democrático de direito não existe independência ou autonomia *sobre* a Constituição, mas somente *sob* a Constituição. É lição basilar que todos, inclusive o próprio Estado que cria o direito, devem a ele se submeter. Todos os poderes restam submetidos à supremacia da Constituição, de modo que falar em irresponsabilidade do Judiciário por conta de tal soberania seria situá-lo acima da lei fundamental, ressuscitando os vetustos dogmas do *the King can do no wrong* e *le roi ne peut mal faire*.

Acresça-se que, como o Poder Judiciário não está num plano superior aos dois demais poderes, os mesmos argumentos aí utilizados para imunizá-lo podem ser estendidos ao Executivo e ao Legislativo.³⁴ Léon Duguit já evidenciava essa inconsistência quando expôs:

Si la souveraineté est une réalité, elle ne se manifeste pas d'une manière plus intense dans l'acte juridictionnel que dans l'act administratif, et si elle ne s'oppose pas à la responsabilité de l'État administrateur, il n'y a pas de raison qu'elle s'oppose à la responsabilité de l'État juge. Si comme nous le croyons, il n'y a point de souveraineté, on ne voit pas, semble-t-il, pourquoi la responsabilité

³³ Souza, A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária, op. cit., p. 33.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 85-96, out./dez. 1994. p. 86.

*du patrimoine public ne serait pas engagée par l'acte juridictionnel comme elle est par l'acte administratif (...).*³⁵

E, nessa linha, é necessário frisar que tal corrente é incompatível com a hoje já pacificada responsabilidade dos atos praticados pelo Judiciário no exercício atípico da função administrativa. Ora, se a razão da suposta irresponsabilidade do Judiciário é, por assim dizer, orgânica, não importaria que tipo de ato fosse praticado, administrativo, ou jurisdicional em sentido estrito, pois o seu fundamento não residiria no ato, mas no órgão.

3.3.2 Magistrado não é servidor público

Fala-se ainda que o magistrado não pode ser alcançado pela regra do art. 37, § 6º, da CF/88, quando da prática de atos tipicamente jurisdicionais, considerando-se que o mesmo não está englobado pela categoria de servidores públicos, mas de agentes políticos.

A este momento, pode-se lembrar de toda a controvérsia acerca da qualificação de magistrados e membros do Ministério Público como agentes políticos ou servidores públicos, na qual ambos os lados estão munidos de defensores e argumentos de peso. Contudo, entende-se aqui que, ao menos para fins de apuração da possibilidade de reconhecimento da responsabilidade por atos jurisdicionais, pode-se passar ao largo de tal debate.

Isto porque a CF/88, no multicitado art. 37, § 6º, é clara ao estabelecer que o Estado responde por atos de seus *agentes*, num conceito amplo, evitando, eloquentemente, utilizar conceitos de abrangência menor, como *servidores*, *empregados* ou *funcionários*.

Constata-se, pois, que o conceito de agente público é um gênero, do qual são espécies tanto os agentes políticos, quanto os servidores públicos³⁶ (além dos particulares em colaboração). Tanto é que não mais se discute a responsabilidade do Estado por atos do chefe do Poder Executivo e seus auxiliares diretos, além de atos legislativos, cujos membros também integram a categoria de agentes políticos — estes, sem controvérsias.

³⁵ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 2^{ème} ed. Paris: Fontemoing & Cie, 1923. Tome III, p. 499.

³⁶ Souza, A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária, op. cit., p. 36.

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) acolheu expressamente tal ideiação, no voto do ministro Eros Grau no RE-AgR 518.278, julgado por unanimidade: “o texto constitucional não restringiu a responsabilidade do Estado aos atos praticados pelos funcionários públicos como na Carta anterior, mas consignou o termo agente — gênero do qual é espécie o agente político —, abarcando, assim, os atos praticados por todos os agentes públicos”.³⁷

Outra sorte de argumentação contra esse entendimento é a de que, ainda que se considerasse que o art. 37, § 6º, não prevê a responsabilidade de agentes políticos, também não a proíbe, de modo que não seriam inconstitucionais as previsões de responsabilidade por ato jurisdicional no art. 133 do Código de Processo Civil (CPC) e no art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman), examinados infra.

3.3.3 *Independência funcional dos magistrados*

Outra linha de argumentação contrária repousa no fundamento da independência funcional dos magistrados, de modo que a sua responsabilização lhe tolheria a liberdade de decidir conforme a sua consciência, diante do caso concreto, pelo temor que despertaria.

Contudo, esse argumento, se acolhido, seria apto a ensejar o afastamento da responsabilidade de qualquer outro agente público, pois todos podem ter esse temor. Também parlamentares e agentes do Executivo sofrem pressões de toda ordem, e nem por isso se defende hoje que tais agentes sejam genericamente irresponsáveis no exercício de suas funções. Em todo caso, a independência dos magistrados deve respeitar os limites constitucionais e legais aplicáveis³⁸ que, como dito alhures, são ditados sempre pela Constituição, como é típico em um estado democrático de direito. Nesse sentido, as palavras de Wilson Souza, para quem a independência funcional não significa “que se está a conferir ao juiz uma carta em branco para agir abertamente contra a ordem jurídica de boa ou, o que é mais evidente, de má-fé. Por outras palavras, independência não autoriza necessariamente atuação com total e absoluta irresponsabilidade”.³⁹

³⁷ RE 518278 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 31/3/2009, DJe-075 DIVULG 23-4-2009 PUBLIC 24-4-2009 EMENT VOL-02357-06 PP-01217.

³⁸ COPOLA, Gina. A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Fórum Administrativo — Direito Público — FA*, Belo Horizonte, ano 7, n. 82, p. 40-50, dez. 2007. p. 42.

³⁹ Souza, *Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação*, op. cit., p. 324.

É certo que a independência jurídica do magistrado também é um valor fundamental num estado democrático de direito, o que evita influências ilegítimas sobre as decisões judiciais, garantindo a imparcialidade do Estado-juiz. Mas tal dado não torna a citada independência incompatível com a responsabilidade *do Estado* por atos de seus magistrados.

Ora, o art. 37, § 6º, é claro ao afirmar que o *Estado* responde pelos atos de seus agentes, ressalvado o direito de regresso *em caso de dolo ou culpa do agente*. Em que pese certa divergência doutrinária,⁴⁰ vem se consolidando a tese de que o citado dispositivo constitucional não é apenas uma garantia do cidadão de ver reparados os danos a ele causados, mas também é uma garantia do agente público, de somente responder por seus atos perante o próprio Estado, em sede de ação regressiva. Com isso, visa-se evitar o abuso do direito de ação direta contra o agente, o que, de fato, seria apto a constranger tal agente e periclitir o exercício de suas atribuições.

E a ação de regresso é limitada aos casos de dolo ou culpa do agente, reservando-se a responsabilidade objetiva apenas para a relação entre o Estado e o terceiro que sofreu o dano.

Nesse contexto, convém citar que o art. 133, I, do CPC, bem como o art. 49, I, da Loman, que traz redação substancialmente idêntica, preveem expressamente que o magistrado responderá por perdas e danos quando proceder com *dolo* ou *fraude*, do que resulta que, pelo menos no ordenamento pátrio, não se pode defender a irresponsabilidade pessoal do juiz. Como se observa, porém, tais dispositivos nada disciplinam acerca da responsabilidade por *culpa* do magistrado.

Entretanto, entende-se que, ante a expressa previsão constitucional que *assegura* o direito de regresso em caso de *dolo* ou *culpa*, e fixado que os magistrados também são agentes públicos, bem como considerando que tais dispositivos são anteriores à Carta de 1988, deve-lhes ser dada uma interpretação conforme a Constituição.

Assim, defende-se aqui que aqueles artigos não têm o condão de afastar a responsabilidade do Estado quando o magistrado tenha agido com culpa, embora possam inculpir, num rol *exemplificativo*, determinados casos para tal responsabilidade pessoal, disciplinando procedimentos específicos. Dessa forma, as situações ali previstas não excluem, nem podem restringir o escopo de uma norma constitucional que estabelece uma garantia fundamental.⁴¹

⁴⁰ LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. Responsabilidade pública por atividade judiciária no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 5-46, jan./mar. 2003. p. 28.

⁴¹ Nesse sentido, Youssef Said Cahali, apoiando-se em jurisprudência do Tribunal de Justiça

Interpretação diversa levaria a uma interpretação da Constituição conforme a lei, o que é manifestamente contraditório com os contornos contemporâneos da teoria constitucional, calcada na supremacia da Constituição e na centralidade dos direitos fundamentais. Tanto que o próprio Pretório Excelso já decidiu nesse sentido, em aresto paradigmático.⁴²

Veja que, nesse aresto, o próprio STF deixou claro que, por ser agente político, o Estado deve responder exclusivamente pelo dano causado pela atividade jurisdicional, ou seja, não cabe a quem sofreu o dano acionar pessoalmente o magistrado. Contudo, fica ressalvado o direito de regresso em caso de *dolo* ou *culpa*, como textualmente registrado, aplicando-se integralmente o art. 37, § 6º, da CF/88 no caso e afastando-se exegeses inconstitucionalmente restritivas do art. 133 do CPC e do art. 49 da Loman.⁴³

3.3.4 Falibilidade contingencial do juiz como risco assumido pelas partes

Há ainda quem objete a responsabilidade por ato judicial fundamentando-se na falibilidade do juiz que, como ser humano, é passível de errar. Evidentemente, o cargo de juiz não retira de seus ocupantes a natureza humana; contudo, a julgar por tal teorização, qualquer agente público — que se

do Rio Grande do Sul: “os parâmetros de responsabilidade regressiva estatuídos pela norma constitucional são de caráter absoluto, não comportando ser atenuados ou diminuídos pelo legislador ordinário de qualquer esfera do Poder Público” (Cahali, *Responsabilidade civil do Estado*, op. cit., p. 213).

⁴² “Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual — responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições —, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE 228977, Relator(a): min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 5/3/2002, DJ 12-4-2002 PP-00066 EMENT VOL-02064-04 PP-00829 — grifos acrescidos).

⁴³ Frisa-se que tal entendimento já foi reafirmado no AI-AgR 552.366/MG e RE-AgR 518.278/GO, que versavam acerca de responsabilidade de membros do Ministério Público — também considerados agentes políticos pelo STF.

pressupõe humano — também é intrinsecamente falível, o que se prestaria a afastar por completo a responsabilidade civil do Estado.

Tratando-se o juiz de agente público, seus erros são imputados ao Estado, e, considerando a teoria do risco, por eles deve responder objetivamente, como de regra para qualquer atividade estatal. Entender de modo diverso seria deixar os jurisdicionados “à mercê de decisões ilegais, injustas, venais, prevaricadoras, etc.”,⁴⁴ o que não se pode admitir, por absoluta incompatibilidade, em um estado democrático de direito.

Ainda nessa esteira, levantam-se objeções no sentido de que tal risco de erro do juiz é assumido pelas partes no momento em que optam pela via judicial, já que a jurisdição é, por princípio, inerte.

Tal sorte de argumentação tampouco merece prosperar. De início, tal teorização é falha porque ao réu não é dado escolher ser ou não parte num processo judicial, até porque sua omissão em participar pode trazer-lhe graves consequências (condenação à revelia).

Ademais, mesmo a concepção de que cabe ao autor optar por ingressar ou não na via judicial é um sofisma. Vige no ordenamento pátrio o monopólio estatal da jurisdição, admitindo-se a autotutela em restritíssimas situações. Assim, para resolver um conflito no qual não se logrou uma composição amigável, não resta alternativa a esse autor, o que solapa o fundamento do entendimento ora vergastado.

E ainda que assim não fosse, pela teoria do risco, cabe ao Estado assumir o risco da atividade, e não às partes.⁴⁵ Tanto é que existem serviços tipicamente administrativos, aos quais cabe ao cidadão realmente optar pelo seu uso ou não (serviços públicos não obrigatórios, como abastecimento de água, distribuição de energia elétrica, telefonia etc.), e nem por isso se defende que nesses casos se exclui a aplicação do artigo 37, § 6º, da CF/88.

3.3.5 *Afronta à coisa julgada*

Há ainda o argumento no sentido de que eventual condenação do Estado em indenização por ato judicial constituiria uma afronta à coisa julgada material, garantia fundamental que presta deferência à própria segurança

⁴⁴ Souza, A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária, op. cit., p. 34.

⁴⁵ Ibid., p. 35

jurídica. O reconhecimento de tal responsabilidade implicaria, pois, o reconhecimento de que a decisão foi proferida de forma ilegal, contrastando com a imutabilidade da coisa julgada, que pressupõe uma presunção de legitimidade da decisão.

Nesse sentido, se cunhou o pitoresco adágio medieval *res judicata facit de albo nigrum et de quadrato retundum* — a coisa julgada cria sua própria verdade e seu próprio direito. Assim, dano dela não podia resultar.⁴⁶

Contudo, o instituto da coisa julgada não é bastante, por si só, para fundamentar uma geral irresponsabilidade do Estado por atos judiciais. A uma, porque nem todo ato judicial se reveste dessa qualidade, a exemplo das inúmeras decisões interlocutórias, despachos de expediente, sentenças proferidas em procedimentos de jurisdição voluntária, atos jurisdicionais executivos. São atos que podem gerar dano, de modo que, ainda que se admitisse que a coisa julgada fosse um óbice à responsabilidade *sub oculi*, o máximo que se poderia concluir seria pela limitação da irresponsabilidade a alguns atos, nunca pela vedação geral.⁴⁷ A duas, nenhum obstáculo haveria à responsabilidade pelas omissões judiciais (que constituem negação do acesso à justiça), pois, não agindo, não há o que transitar em julgado.

Hodiernamente, não se pode mais defender que a coisa julgada material é uma garantia absoluta, eis que, como visto supra, trata-se de uma norma de direito fundamental de natureza principiológica e, portanto, ponderável diante das circunstâncias do caso concreto. O próprio ordenamento pátrio já consagra de há muito institutos que permitem o afastamento da coisa julgada em determinadas situações: a ação rescisória, no âmbito cível, e a revisão criminal, no âmbito penal. Ora, qualquer interpretação no sentido de que a coisa julgada fosse uma garantia absoluta levaria, por coerência, à conclusão de que os artigos 495 do CPC e 622 do CPP não teriam sido recepcionados pela CF/88.

Reforça essa ideiação a doutrina corrente acerca da relativização da coisa julgada, em virtude da ponderação entre os valores de *segurança*, que a fundamenta, e *justiça*, que constitui o ideal próprio do direito,⁴⁸ como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STF).⁴⁹

⁴⁶ Dergint, *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*, op. cit., p. 135.

⁴⁷ Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, op. cit., p. 255.

⁴⁸ Di Pietro, *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*, op. cit., p. 88.

⁴⁹ “A coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que, numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima

Em todo caso, mesmo as decisões transitadas materialmente em julgado que não possam ser relativizadas são aptas a gerar dano. Eventual ação judicial proposta por aquele que sofreu o prejuízo indevido não seria obstada pelo trânsito em julgado da decisão anterior, pois se tratará de uma nova demanda, com causa de pedir diversa, diferentes partes, e pedidos próprios,⁵⁰ estando, pois, fora dos limites da coisa julgada do processo anterior, que originou o dano.⁵¹

Há casos, inclusive, em que o trânsito em julgado é o próprio fundamento da ação de indenização a ser proposta em face do Estado, como no exemplo formulado por Paul Duez, no qual um indivíduo beneficiado por sentença absolutória passada em julgado alega a injustiça da perseguição judicial.⁵²

Outra situação é a que adiante se abordará, na qual o trânsito em julgado é demasiadamente tardio, esvaziando a utilidade do provimento judicial e, com isso, cristalizando o dano à parte que dele necessitava.

4. Responsabilidade do Estado pela atuação judicial omissa ou extemporânea como efetivação do acesso à justiça

Fixado, pois, que não subsistem os comumente alegados óbices peremptórios à responsabilidade do Estado decorrente de atos judiciais, deve-se considerar que a efetiva responsabilização estatal em tal campo dependerá de análise do caso concreto, à luz de uma teoria geral da responsabilidade do poder público.

Defende-se aqui que as peculiaridades da função jurisdicional certamente devem ser consideradas na solução dos casos postos à análise do intérprete; contudo, não se justifica aí uma teoria diferenciada,⁵³ uma vez que o poder do Estado é uno, sendo sua divisão em funções uma mera necessidade de organização política e jurídica.

da segurança, porque sem Justiça não há liberdade" (REsp 226436/PR, rel. ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 28/6/2001, DJ 4/2/2002, p. 370).

⁵⁰ Di Pietro, Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, op. cit., p. 88.

⁵¹ É sabido que, acerca desse tema específico, pairam ainda inúmeras controvérsias, mas que não cabem no espaço deste trabalho, que enfoca a responsabilidade pela *denegação* do acesso à justiça.

⁵² Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, op. cit., p. 255.

⁵³ Loureiro Filho, Responsabilidade pública por atividade judiciária no direito brasileiro, op. cit., p. 38.

4.1 *Distinção necessária: ato jurisdicional x ato judicial*

De início, cumpre destacar a necessidade de extremar os conceitos de *ato judicial* e de *ato jurisdicional*, eis que tal definição é relevante para fins da correta compreensão da responsabilidade do Estado por tais atos. Tal distinção remonta à clássica teoria dos *freios e contrapesos*, decorrente da tripartição dos poderes (ou funções), onde cada um dos poderes estatais recebe uma função típica, exercida em maior extensão, mas exerce, em menor grau, funções inerentes aos outros poderes, as chamadas funções atípicas.

Nesse sentido, compreende-se por ato jurisdicional aquele praticado especificamente pelo magistrado,⁵⁴ no exercício da função típica do Judiciário, abrangendo os despachos, decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos, no qual há a aplicação da lei, de forma imparcial, para solucionar conflitos, mediante provocação do interessado. Quanto a essa categoria de atos é que residem as controvérsias acerca da atribuição de responsabilidade ao Estado. Por outro lado, nenhuma dificuldade há acerca do tema quando se está a tratar de atos judiciais, assim entendidos como aqueles praticados no âmbito do Poder Judiciário no exercício atípico da função administrativa. Compreendem-se aí todos os atos de órgãos de apoio administrativo e judicial do Poder Judiciário.⁵⁵

Desta forma, deve-se ter em mente que as peculiaridades da função jurisdicional podem, em determinados momentos, trazer complexidades ao estudo do tema. Contudo, como já afirmado, não há razão para o estabelecimento de distinções em tese, posto que a teoria geral da responsabilidade civil do Estado é suficiente para abarcar ambas as situações. Além do mais, para o cidadão, é irrelevante a origem do dano, dentro das engrenagens do serviço judiciário, para fins de surgimento de seu direito fundamental à reparação, casos em que a distinção presta-se mais a limitar do que a efetivar tal direito.

4.2 *Denegação da justiça*

Duas são as concepções de denegação da justiça, que correspondem ao sentido amplo e ao sentido restrito da expressão. Pelo sentido amplo,

⁵⁴ Souza, A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária, op. cit., p. 30; Copola, A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, op. cit., p. 40.

⁵⁵ Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, op. cit., p. 569.

compreende-se toda deficiência na organização ou exercício da função jurisdicional que implique uma falta do Estado quanto ao seu dever de proteção judiciária. Trata-se de um inadimplemento na obrigação de qualidade do serviço.⁵⁶

Já no sentido estrito, denegação da justiça consiste na negação do Estado-juiz em oferecer a devida proteção aos direitos de seus cidadãos, mediante a prestação da tutela jurisdicional.⁵⁷ Tem lugar “em todas as hipóteses em que, pelo defeituoso funcionamento do serviço judicial ou pela deficiência no exercício da função jurisdicional, ocorra omissão ou retardamento nessa prestação por parte do Poder Judiciário”.⁵⁸ O cidadão tem o direito de exigir do Estado a prestação da tutela jurisdicional, por meio do exercício direito de ação, e o Estado, correspondentemente, tem o dever de prestá-la, o que decorre naturalmente do monopólio da jurisdição e sua inafastabilidade.

Qualquer situação que envolva negativa de prestação jurisdicional, seja peremptória, seja por mera omissão, é apta a causar dano indenizável. Ademais, como já se defendeu supra, não há razão para adotar uma teoria da responsabilidade do Estado apartada para os atos jurisdicionais, de modo que não se sustenta a defesa de que a denegação de justiça só “deve ser considerada como presente em casos muito restritos, para que não se confunda com a injustiça da decisão”.⁵⁹ Ocorrendo danos por atos ou omissões jurisdicionais, nada autoriza tornar excepcional a responsabilidade. A própria “injustiça da decisão” pode descambar para o erro judiciário, que também é indenizável, embora a análise específica desse ponto transborde os objetivos deste trabalho.

Seja sob o conceito amplo, seja sob o restrito, a denegação da justiça pode acarretar danos ao usuário do serviço judicial, uma vez que não importa onde reside a culpa, nem sequer se ela existe, para fins de apuração de responsabilidade regida pela teoria do risco. Caberá ao Estado, em ação regressiva, voltar-se contra o agente causador do dano que tiver atuado com dolo ou culpa, se for o caso.

O recorte deste trabalho enfocará a responsabilidade do Estado por denegação da justiça em sentido estrito, preocupando-se em abordar, em especial, situações de ausência da prestação jurisdicional e a prestação jurisdicional em tempo além do razoável.

⁵⁶ Dergint, *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*, op. cit., p. 189.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Di Pietro, *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*, op. cit., p. 93-94.

⁵⁹ Souza, *A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária*, op. cit., p. 38.

4.2.1 Ausência de prestação jurisdicional

A ausência de prestação jurisdicional, em face do exercício do direito de ação, é a forma mais grave de violação do direito fundamental de acesso à justiça. Isto pode ocorrer quando o magistrado prolate decisão no sentido de que não possui jurisdição para julgar aquela matéria, ao fundamento de que a jurisdição é de outro Estado. Ainda que existam recursos previstos no ordenamento pátrio, uma vez utilizados sem êxito, estabelece-se um ato negatório de acesso à jurisdição, que é apto a causar dano ao cidadão.⁶⁰ E, mais grave, o cidadão, a prevalecer a tese da irresponsabilidade genérica do Estado no caso, teria de se conformar com a violação de seu direito — repise-se, fundamental — e não haveria remédio jurídico previsto no ordenamento jurídico a reparar tal dano.

Ressalte-se que *ainda* não se fez distinção, para efeitos de responsabilidade, no sentido de que a decisão entelada tenha sido correta ou incorreta, justa ou injusta. Como já se afirmou, entende-se aqui desnecessário afirmar-se *a priori* que o Estado somente responderá se a decisão for equivocada juridicamente.

Tal constatação não significa dizer que o Estado deveria indenizar em toda e qualquer decisão análoga, mas, simplesmente, que a teoria geral da responsabilidade civil do Estado dá conta de extremar as situações em que haverá, *in concreto*, o dever ou não de indenizar. Veja-se: a conduta consistiu numa ação estatal que impediu o cidadão de ter acesso à justiça (ação estatal). Lícita ou ilícita, tal ação somente gerará o dever de indenizar caso o dano sofrido pela parte seja *jurídico e certo*.

Caso a decisão tenha sido correta, é forçoso concluir que o cidadão, naquele caso, não tinha o direito de ver sua lide julgada no Judiciário nacional, de modo que o dano eventualmente sofrido não seria jurídico. Caso contrário, seu direito de acesso à jurisdição, existente, foi francamente violado, e o dano, além de jurídico, deverá ser certo, o que basta, em casos de ação ilícita do Estado, para ser considerado indenizável.

Veja-se que, manejando-se a mesma teoria aplicável aos atos administrativos em geral, chega-se a conclusão idêntica à da teoria que prega que o Estado só responde em face de *erro judicial*. Contudo, a vantagem desse raciocínio é firmar posição no sentido de que os atos judiciais não estão apartados nem acima do ordenamento jurídico, como os antigos atos dos monarcas

⁶⁰ Souza, *Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação*, op. cit., p. 367.

absolutos, mas submetem-se, como qualquer outro, à força da Constituição. Suas peculiaridades podem até deixar intuir certas regularidades, como no caso, mas não por uma suposta prerrogativa, mas pelos próprios limites de uma teoria geral.

Mesmo que, posteriormente, em sede de recurso, tenha-se sucesso em reverter aquela decisão, nem sempre a correção do ato impede a ocorrência de danos a serem devidamente reparados pelo Estado, no mínimo pelo atraso na devida prestação jurisdicional.

Outra situação denegatória do acesso à jurisdição ocorre quando a sentença extingue, sem julgamento de mérito, determinado processo. Tal decisão obsta o enfrentamento do mérito, naquele feito, não permitindo, pois, o acesso à jurisdição naquele momento. Deve-se lembrar que o direito de ação não consiste simplesmente no direito de protocolar uma petição inicial, mas no direito de obter uma resposta efetiva na solução da situação de litígio.

Imagine-se, como ilustração, que, em determinado caso concreto, um juiz despacha determinando ao autor que emende sua inicial em cinco dias, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito, sem qualquer esclarecimento adicional. O advogado, com larga experiência, reanalisa toda a petição e não vislumbra nenhuma falha, pelo que peticiona ao juízo, requerendo que informe em que consiste o fundamento daquele despacho. Tal requerimento é indeferido, ao fundamento de que não cabe ao juiz aconselhar as partes, e conclui pela extinção do feito, em decorrência do indeferimento da inicial.

Ora, a todas as luzes, tal decisão viola, frontalmente, o acesso à jurisdição, o que é agravado pela violação ao dever de fundamentação das decisões judiciais. Por conta da distribuição por dependência (art. 253, II, do CPC), ainda que o advogado protocolasse outra petição, seria ela distribuída para aquele mesmo juízo, que, provavelmente, decidiria de forma idêntica. Ou, ainda que manejassem o recurso pertinente, a demora da solução da questão, por si só, já teria aptidão para causar prejuízos ao autor.

Neste caso, é bastante evidente que o Estado deve responder pela decisão ilegítima, que, na prática, vedou o acesso do autor à justiça. Contudo, mais uma vez, é desnecessário recorrer a apriorismos para afirmar que o Estado só responde em caso de decisão que cristalice erro judiciário: caso o juiz reconheça, equivocadamente, uma das causas do art. 267 do CPC, parece inevitável que, causando dano, haverá o dever de responder; caso a decisão se revele acertada, o Estado terá sua responsabilidade excluída pela conduta exclusiva da própria vítima ou de terceiro. Por exemplo, a paralisação do processo,

por mais de um ano, por negligência da parte (art. 267, II), não suprida após intimação pessoal, trata de conduta da vítima; ou o indeferimento da inicial, por conduta de terceiro (do advogado que não cumpriu as prescrições legais).

4.2.2 Prestação jurisdicional em tempo além do razoável

Diversas são as causas apontadas como determinantes da demora na prestação jurisdicional, as quais podem resultar de má atuação do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do próprio Poder Judiciário. No âmbito do último, a falta do serviço pode decorrer tanto por má atuação do juiz, quanto dos serviços de apoio.⁶¹ Entretanto, para o cidadão lesionado, não importa a origem da culpa que ensejou a conduta danosa. Dessa forma, atribuível ao Executivo, Legislativo ou ao próprio Judiciário, em suas funções típicas ou atípicas, será o Estado quem responderá pelo dano, cabendo ao próprio Estado, em sendo o caso, apurar, regressivamente, a existência de dolo ou culpa de seus agentes.

Como visto supra, o direito à duração razoável do processo foi erigido à categoria de direito fundamental expresso, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004 no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88. *Duração razoável*, como é cediço, é um conceito jurídico indeterminado, que carece de apreciação e densificação diante do caso concreto.

Registra-se que, mesmo antes da publicação da referida emenda, a doutrina pátria já defendia que tal direito constituía uma garantia constitucional implícita,⁶² decorrente da cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV). Sucintamente, pode-se dizer que um processo justo necessita alcançar seu termo em tempo razoável, sob pena de não ser considerado *devido*. Já prelecionava Vargas que, mesmo sem um dispositivo expresso, o Estado não poderia alegar esta omissão para excluir sua responsabilidade, “pois é princípio de direito secularmente consagrado que a ninguém é dado alegar em seu favor a própria torpeza”.⁶³

Ademais, o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em novembro de 1992, em seu artigo 8º, previu expressamente o direito ao

⁶¹ Ibid., p. 366.

⁶² Dergint, *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*, op. cit., p. 194.

⁶³ VARGAS, Jorge de Oliveira. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 77.

processo em prazo razoável, incorporando-se ao ordenamento jurídico pátrio por força do art. 5º, § 2º, da CF/88.

De toda sorte, é inegável que, ao explicitar, no rol do art. 5º, a duração razoável do processo, a Emenda nº 45 trouxe ao centro das atenções a problemática que envolve o tema, e robusteceu o ânimo daqueles que buscam soluções para a morosidade judicial. Igualmente, renovou os argumentos daqueles que já defendiam que, por se tratar de um direito fundamental, inerente ao devido processo legal e essencial para a efetivação do acesso à justiça, sua violação enseja responsabilidade do Estado.

Tem-se conceituado o direito à duração razoável do processo como o direito de obter do órgão jurisdicional ou administrativo uma decisão legal dentro de um prazo proporcional, admissível e adequado à complexidade do processo.⁶⁴ A indeterminação do conceito pode trazer algumas dificuldades para a sua correta abrangência. Nesse sentido, é inviável fixar, *a priori*, um prazo fixo a partir do qual se consideraria um processo irrazoavelmente demorado: tal constatação somente pode ser feita à luz do caso concreto. Contudo, tais dificuldades não podem significar inviabilização do direito à reparação dos danos causados por sua violação, que constituem, em essência, violação ao acesso à justiça.⁶⁵

É sabido que a celeridade processual é um valor que se queda em tensão com o valor segurança: quanto mais rápido tramitar um processo, maior a probabilidade de serem atropeladas garantias processuais; quanto mais se garantir a segurança, maiores os incidentes e os prazos necessários para as suas instaurações. Contudo, tal correlação não significa defender que se deva tolerar um “retardamento exageradamente crônico e tormentoso da prestação jurisdicional”.⁶⁶ Daí a razão de se defender que, de fato, somente diante do caso concreto se pode densificar o conteúdo da duração razoável do processo.

É certo que o processo excessivamente demorado pode acarretar danos ao usuário do serviço jurisdicional, a exemplo de dificuldades probatórias,

⁶⁴ VIANA, Adriana Grandinetti. *A razoável duração do processo como mecanismo de desenvolvimento social*. Dissertação (mestrado em direito econômico e social) — Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. p. 194.

⁶⁵ Nesse ponto, é válido lembrar a clássica lição de Ruy Barbosa, que, em 1920, já estatuiu que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresp dobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente” (BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1999. p. 40).

⁶⁶ Souza, *Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação*, op. cit., p. 323.

que minam as chances de obter uma decisão favorável; problemas de saúde em face da tensão psicológica, sofrimentos e traumas que a longa expectativa traz à vida dos litigantes, a depender dos direitos que estejam em jogo, os quais são possíveis independentemente do resultado do processo; ou a inviabilização do cumprimento de uma sentença favorável — que significa, na prática, negação do acesso à justiça.⁶⁷ A lentidão dos processos pode ser ainda facilmente convertida num custo econômico adicional aos custos ordinariamente já elevados do processo judicial, sobretudo em face da corrosão inflacionária.⁶⁸ A demora do desenlace definitivo do processo onera ainda especificamente os litigantes economicamente menos favorecidos, pois suas necessidades, não raro, os pressionam a aceitar acordos sobremaneira desvantajosos,⁶⁹ caso em que o dano consistiria precisamente na diferença entre aquilo que foram levados a aceitar por ocasião da transação e aquilo a que efetivamente corresponderia o seu direito.

Contudo, em que pese não se possa tabelar os prazos entendidos como razoáveis para cada processo, é possível extrair, do próprio ordenamento, algumas balizas que auxiliam em tal análise. De início, deve-se lembrar de que as leis processuais estabelecem prazos para a atuação judicial, prazos esses que, quando direcionados ao próprio órgão jurisdicional, sobretudo ao juiz, são considerados *impróprios*, ou seja, aqueles destituídos de preclusividade, que não acarretam consequências processuais.

Ainda que, em determinados casos, os prazos normativamente fixados sejam inviáveis ante as peculiaridades do ato a ser praticado e das circunstâncias que envolvem o processo (carência de pessoal, excesso de processos etc.), tais previsões constituem um parâmetro a ser observado. Decorrendo do princípio da legalidade, a regra deve ser seu cumprimento, de modo que seu excesso, ainda que admissível, deve ser necessariamente justificado, mediante fundamentação específica.

A mesma Emenda nº 45, ao trazer nova redação ao art. 93, II, da CF/88, incorpora esse entendimento, ao dispor, na nova alínea “e”, que “não será promovido o juiz que, *injustificadamente*, retiver autos em seu poder *além do prazo legal*, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão judicial”.

⁶⁷ Ibid., p. 324.

⁶⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 47.

⁶⁹ Cappelletti e Garth, *Acesso à justiça*, op. cit., p. 20.

Nesse contexto, pode-se aproximar do conceito de duração razoável do processo no sentido de *tempo necessário para a prática dos atos processuais dentro dos prazos legalmente fixados, ou, quando não o forem, em prazo suficiente para sua prática, salvo razões devidamente justificadas diante das circunstâncias do caso concreto*.

Outro parâmetro pode ser encontrado a partir da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), notadamente a partir da realização do 2º Encontro Nacional do Judiciário, em 16 de fevereiro de 2009.⁷⁰ Nesse encontro, os tribunais brasileiros definiram as chamadas “metas de nivelamento para o Judiciário”, entre as quais ganhou destaque a “meta 2”, que previu o julgamento, até o fim de 2009, de todos os processos distribuídos até 31/12/2005.⁷¹

Dessas metas, percebe-se que o CNJ considera, regra geral, quatro anos como um prazo razoável para o julgamento dos processos. Tanto é que, em seu sítio virtual, fundamenta expressamente a adoção do sistema de metas no direito à duração razoável do processo, *in verbis*: “com a Meta 2, o Poder Judiciário começou a se alinhar com o direito constitucional de todos os cidadãos brasileiros que estabelece a duração razoável do processo na Justiça”.⁷²

Tendo-se chegado a uma aproximação do significado da duração razoável, cumpre defender que, violando-se a referida garantia, violado resta o direito de acesso à jurisdição que, como já visto, envolve o direito de obter uma resposta efetiva, em tempo hábil para evitar a lesão a um direito ou restaurar a lesão já praticada.

Como consequência, não se desincumbindo o Estado em prestar, devidamente, o serviço público jurisdicional, incorre em evidente omissão lesiva, passível de reparação. Nesse sentido, é o entendimento de Paulo Hoffman:

Diante do novo inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, com a previsão da duração razoável do processo como garantia constitucional do cidadão, nosso posicionamento é cristalino no sentido de que o Estado

⁷⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *2º Encontro Nacional do Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2009. Disponível em: <www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/eventos/encontros-nacionais/2-encontro-nacional-do-judiciario>. Acesso em: 20 nov. 2011.

⁷¹ Em 2006, no 3º Encontro Nacional do Judiciário, a referida meta foi atualizada, contemplando o julgamento de todos os processos de conhecimento distribuídos até 31/12/2006, e, quanto aos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do tribunal do Júri, os distribuídos até 31/12/2007, até o final de 2010 (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Metas*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2009. Disponível em: <www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metass>. Acesso em 20 nov. 2011).

⁷² *Ibid.*

é responsável objetivamente pela exagerada duração do processo, motivada por culpa ou dolo do juiz, bem como por ineficiência da estrutura do Poder Judiciário, devendo indenizar o jurisdicionado prejudicado — autor, réu, interveniente ou terceiro interessado — independentemente de sair-se vencedor ou não na demanda, pelos prejuízos materiais e morais.⁷³

Como já foram refutados os argumentos que visavam imunizar o Estado contra a responsabilidade por atos judiciais, nenhum óbice subsiste ao reconhecimento do atraso na prestação jurisdicional como omissão ilícita — violação de um dever de agir imposto pela Constituição — e, como tal, geradora de danos indenizáveis.

Veja-se que, para os adeptos da corrente que prega tratar-se de responsabilidade objetiva a decorrente da omissão, a não prestação do serviço jurisdicional é erigida em causa normativa do dano sofrido pela parte; para os adeptos da teoria da culpa anônima, há evidente culpa anônima, pois o serviço não funcionou, ou funcionou a destempo. Em qualquer caso, independe a responsabilidade da eventual ocorrência de dolo ou culpa individual de quem quer que seja: o máximo que tal sorte de argumentação poderia ensejar é a obstaculização do direito de regresso do Estado.

Por outro lado, definindo-se que aquele tempo é razoável, não haverá omissão ilícita do Estado, não se falando, pois, em responsabilidade (responsabilidade objetiva); ou, não haverá culpa do Estado, pois o serviço estará funcionando bem (teoria da culpa anônima).

Mais uma vez, pois, demonstra-se que as situações acerca de responsabilidade do Estado pela denegação do acesso à justiça prescindem da formulação de uma teoria apartada para a responsabilidade por atos jurisdicionais, eis que a teoria já consolidada acerca do tema para os atos administrativos dá conta, perfeitamente, de disciplinar as questões daí decorrentes. Adicionalmente, possui o mérito de estimular a consolidação do entendimento de que o Poder Judiciário é uma das funções estatais, ao lado das demais, todas de grande relevância, e deferentes à supremacia da Constituição.

⁷³ HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quatier Latin do Brasil, 2006. p. 99.

5. Conclusões

Considerando tudo o que foi até aqui exposto, pode-se concluir que o direito de acesso à justiça possui, inequivocamente, natureza de direito fundamental, não somente por estar localizado no art. 5º da CF/88, mas por representar um instrumento de legitimação do próprio estado democrático de direito. Trata-se de direito de destacada importância, justamente porque garante a efetivação dos demais direitos, fundamentais ou não. Desta forma, não se pode mais aceitar teorias que pretendam imunizar o Estado de responsabilidade por conta de danos causados no exercício da atividade jurisdicional, considerando os magistrados como os “príncipes” da contemporaneidade, que, dotados de soberania, não podem errar.

O Estado que não entrega a prestação jurisdicional, ou a entrega de forma extemporânea, causa danos indenizáveis. E não importam as razões da falha — se ensejadas no exercício da função jurisdicional típica ou nas funções atípicas do Poder Judiciário, já que não cabe ao cidadão investigar de quem foi a culpa para obter seu direito à indenização.

A proposta aqui defendida, no sentido da adoção de uma teoria unificada da responsabilidade civil do Estado, para ações e omissões, administrativas e judiciais, permite aproveitar todo o amadurecimento pelo qual já passou a questão da responsabilidade do Estado, sem a necessidade de “reinventar a roda” para adequar supostas barreiras erguidas pelas características específicas da atividade jurisdicional. A própria teoria do risco pode ser aplicável a tais casos, sendo suficientemente abrangente para dar conta de apropriar tais peculiaridades sem a necessidade de abertura de exceções. Tal ideiação conferirá maior legitimidade ao próprio Poder Judiciário, o que contribuirá para que passe a ser visto não mais como um reduto de seres absolutos e inatingíveis, mas uma instituição democrática que visa à consagração dos valores maiores da Constituição.

De outro lado, muito mais legitimidade terá o Judiciário para atuar na correção de condutas dos outros dois poderes, ao submeter-se aos mesmos parâmetros de atuação. Soa, de fato, no mínimo estranho, que o Judiciário leve vários anos para condenar a Administração por não ter respondido a um pedido administrativo no prazo legalmente fixado, ou que um processo judicial em que se discuta a omissão da Administração em efetivar direitos fundamentais, como saúde, educação, moradia etc., fique longos anos repousando em escaninhos judiciais. A mesma ordem de ideias aplica-se em processo entre particulares: como justificar moralmente a condenação de um

sujeito nas consequências da mora do adimplemento de uma obrigação, quando o próprio Judiciário tiver obrado com mora no cumprimento de sua obrigação constitucional de fornecer o serviço público judiciário?

Ademais, à luz de uma análise econômica — que tem privilegiado foro nos círculos da cúpula da Administração —, ao se acumularem condenações pela violação do acesso à justiça, no contexto aqui discutido, chegará o momento em que a escolha mais racional será investir na qualificação e expansão dos serviços judiciários, o que se tornará mais vantajoso do que pagar sucessivas indenizações.

E a tese da ausência de distinção prática entre a teoria da culpa anônima e a teoria do risco para fins de análise das omissões estatais culmina por ampliar o espaço de debate para os cidadãos que sofreram danos delas decorrentes, uma vez que terá duas grandes linhas de argumentação em defesa de seus direitos. Poderá, assim, optar pela linha teórica que mais lhe facilite a dedução e instrução do seu pedido, ou ainda utilizá-las de forma sucessiva, ampliando as possibilidades de sucesso na demanda indenizatória.

Por fim, não há que se objetar que, tratando-se a demanda de reparação de danos, no caso, de nova demanda judicial, esta sofrerá os mesmos problemas crônicos de falta de celeridade. Ainda que isto não se distancie da verdade, o alcance das ações de reparação movidas extrapolará o âmbito meramente jurídico. Quando precedentes, ainda que tardiamente, lograrem se acumular na direção de uma possibilidade de responsabilização ampla do Estado por atos jurisdicionais, o efeito pedagógico será inexorável, seja no estímulo à sociedade, que passará a conhecer e buscar a defesa de seus direitos, seja em relação aos próprios atores do palco jurisdicional, que saberão que seus atos estarão sujeitos a parâmetros mais objetivos de desempenho.

O reconhecimento da responsabilidade do Estado em casos tais é, pois, um mecanismo de garantia do próprio acesso à justiça. De outro modo, lesão contra ele perpetrada ficará sem possibilidade de reparação, e estimulará a perpetuação da falta de efetividade de tão destacado direito fundamental.

Referências

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1999.

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

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

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

COPOLA, Gina. A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Fórum Administrativo — Direito Público — FA*, Belo Horizonte, ano 7, n. 82, p. 40-50, dez. 2007.

DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, p. 85-96, out./dez. 1994.

DUEZ, Paul. *La responsabilité de la Puissance Publique (en dehors du contract)*. Nouvelle édition entièrement refondue. Paris: Dalloz, 1938.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 2^{ème} ed. Paris: Fontemoing & Cie, 1923. Tome III.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. Responsabilidade pública por atividade judiciária no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, p. 5-46, jan./mar. 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. *Revista dos Tribunais*, ano 70, v. 552, out. 1981. p. 11-20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 39-65.

SENTO SÉ, João Nunes. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Tese (concurso para professor assistente) — Departamento II, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 1974.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996.

SOURDAT, M. A. *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts em dehors des contrats*. 3^{ème} éd. rev. aug. Paris: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1876. Tome II.

SOUZA, José Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 79, n. 652, p. 29-49, fev. 1990.

SOUZA, Wilson Alves. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.

_____. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do Estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Tese (pós-doutorado em direito) — Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VARGAS, Jorge de Oliveira. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2001.

VIANA, Adriana Grandinetti. *A razoável duração do processo como mecanismo de desenvolvimento social*. Dissertação (mestrado em direito econômico e social) — Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER; Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; ____ (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.