

A garantia constitucional da razoável duração do processo e a defesa do Estado

Enio Moraes da Silva

Sumário

1. Considerações introdutórias. 2. A garantia constitucional da razoável duração do processo. 3. A natureza jurídica do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88. 4. Apuração do significado da expressão: “razoável duração do processo”. 5. A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. 6. A demora na prestação jurisdicional e a obrigação de indenizar do Estado. 7. Responsabilidade estatal: objetiva ou subjetiva? 8. As causas excludentes e atenuantes da responsabilidade objetiva do Estado. 9. O estrito cumprimento de dever jurídico: uma nova excludente. 10. Conclusões

1. Considerações introdutórias

Entre as várias inovações trazidas pela denominada Reforma do Judiciário, introduzida pela Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, encontra-se o disposto no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, que assim está redigido: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

O objetivo principal da Reforma do Judiciário é tornar esse Poder mais célere, eficaz e justo. E um dos meios para que isso possa ser efetivado é proporcionar ao cidadão uma Justiça ágil que ministre a jurisdição com presteza, atendendo aos anseios do jurisdicionado, de modo a não prejudicar aquele que busca realizar o seu direito pelas mãos do Judiciário.

Enio Moraes da Silva é Procurador do Estado de São Paulo, Mestre em Direito Comparado pela *University of Florida* e Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo.

Se o Estado-juiz, historicamente, avocou para si a função de dizer o direito e solucionar os litígios existentes na sociedade, deve ele exercer esse mister com eficiência e atender aos reclamos da sociedade, sob pena de, não o fazendo, frustrar as expectativas dos cidadãos, gerar insegurança jurídica, causar instabilidade social e, ainda, prejudicar a viabilização dos direitos fundamentais. Por isso, o dispositivo constitucional ora enfocado se insere nesse contexto de realização da justiça social. A garantia de uma duração razoável do processo não pode ser vista como mero instrumento formal processual, mas deve ser tida como um elemento a mais a pautar o exercício da jurisdição, ao lado de outras garantias constitucionais como o contraditório, a ampla defesa e o *due process of law*, tudo a servir um propósito maior que é a realização da verdadeira justiça.

Totalmente ultrapassada a velha concepção embutida na frase: “a Justiça tarda mas não falha”. A justiça tardia, muitas vezes, é justiça falha. A velocidade das relações sociais do mundo moderno deve ser acompanhada por uma administração da justiça igualmente célere.

De outro lado, na solução dos conflitos pelo Estado-juiz, não devem ser esquecidos os direitos dos jurisdicionados, que não podem, simplesmente, ser sacrificados para que se alcance uma decisão judicial a qualquer custo.

Daí, devido ao relevante papel exercido pelo Poder Judiciário cuja demanda pelos seus serviços tem crescido a cada dia, constata-se que a Justiça precisa estar aparelhada e adaptada aos novos tempos para propiciar ao cidadão uma via de solução eficiente para os problemas que afligem a sociedade. Se isso não vier a ocorrer, haverá um grave comprometimento da confiança que hoje se deposita no Poder Judiciário, sob pena de agravarem-se os meios de solução não estatal dos conflitos sociais.

Observação nesse sentido é feita por Maria Tereza Sadek (2001, p. 8):

“Face às deficiências das instituições do sistema de Justiça, tem sido crescente o número de conflitos que passam a ter solução fora do império da lei, ameaçando tanto a consolidação do Estado de Direito quanto a convivência democrática e civilizada.”

Este brevíssimo estudo tem por escopo apresentar uma análise da garantia constitucional da razoável duração do processo, delimitando o seu alcance e os seus limites, bem como confrontá-la com a necessária observância de outras garantias que com ela se relacionam, além da conseqüente responsabilidade do poder público derivada do eventual descumprimento da referida garantia constitucional do jurisdicionado.

É patente o confronto entre a garantia de uma razoável duração do processo e o necessário cumprimento de exigências de cunhos processual e constitucional, as quais, não raro, retardam o andamento do processo judicial. Este trabalho tentará analisar esse inevitável embate e oferecer proposta no sentido de obter-se um equilíbrio nessa relação, incluindo os limites da responsabilidade do poder público pela demora na prestação jurisdicional.

Cumprido esclarecer que o dispositivo constitucional ora enfocado também garante os litigantes no processo administrativo, o qual igualmente deve obediência a esse postulado da razoável duração do processo. Este trabalho limitará seu campo de estudo ao âmbito do processo judicial, mas quase todas as considerações que aqui serão feitas são aplicáveis ao processo administrativo.

2. A garantia constitucional da razoável duração do processo

Ao lado das já tradicionais garantias relativas ao processo judicial contidas na Constituição da República Federativa do Brasil, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a proibição de provas ilícitas, a presunção de inocên-

cia, a publicidade e a motivação dos atos processuais, um novo direito fundamental do jurisdicionado foi incorporado ao Texto Maior: *o direito a um processo judicial (ou administrativo) com duração razoável e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação*.

Destarte, a garantia do devido processo legal somente estará completa se o respectivo processo legal a que o jurisdicionado tenha que se submeter contar com uma duração razoável, devendo o Estado, conseqüentemente, providenciar os meios que garantam a celeridade da sua tramitação.

Não basta ainda que o poder público dê garantias de amplo acesso à Justiça, conforme obriga a CF/88 (inciso XXXV do art. 5º). Seu dever é de ministrar uma Justiça célere, dentro do que se considera um prazo razoável de duração do processo. E se o Judiciário não pode ainda oferecer essa necessária celeridade processual, o Estado não pode ficar inerte, sob pena de estar violando um mandamento constitucional. Deverá, assim, a esfera de poder público competente providenciar os meios que garantam a celeridade da tramitação processual.

O fato de o dispositivo em tela ter sido incorporado ao texto da Constituição não significa que somente após o seu aparecimento é que a *razoável duração do processo* tornou-se obrigatória. Mesmo antes da EC 45/04, que tornou esse postulado expresso no Texto Magno, pode-se dizer que essa garantia de celeridade da prestação jurisdicional já existia de forma implícita no direito brasileiro.

O princípio de acesso à justiça já garantia uma prestação jurisdicional eficiente, que deve ser feita em tempo razoável. Admitir o contrário tornaria letra morta esse princípio constitucional. O acesso à justiça deve levar o cidadão a obter uma solução eficiente do seu litígio em um prazo suficientemente célere.

“Isso importa dizer que todos têm acesso à justiça para postular e obter uma tutela jurisdicional adequada.

Nesse contexto, a prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável garante o efetivo acesso à justiça, porquanto o direito à prestação jurisdicional dentro de um tempo aceitável é uma exigência da tutela jurisdicional efetiva” (CARVALHO, 2005, p. 216).

Além disso, o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegura que “toda pessoa tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias dentro de um prazo razoável (...)” (art. 8º,1).¹ Esse tratado internacional, ratificado pelo Brasil e plenamente válido em nosso sistema, já seria suficiente para autorizar a interpretação de que a razoabilidade na duração de um processo judicial é medida a ser obrigatoriamente obedecida em nosso país.

Nos Estados Unidos também há previsão de um julgamento rápido, em matéria criminal (*speedy trial clause*), como princípio constitucional a ser cumprido pelo Poder Judiciário, conforme o disposto na Emenda n. 6 (1791) à Constituição norte-americana, que diz que “em todos os processos criminais, o acusado usufruirá do direito a julgamento rápido e público.”

Mesmo no direito brasileiro, há disposições legais semelhantes no Código de Processo Penal, garantindo ao acusado no processo criminal audiências e sessões de acordo com as necessidades do *rápido andamento dos feitos* (art. 791) e que, além das audiências e sessões, os atos processuais *serão públicos* (art. 792). Outro expediente legal que deve contribuir para a celeridade da tramitação do processo criminal é o previsto no art. 798 do mesmo Código, que impõe que “todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado.”

Anselmo Prieto Alvarez e Wladimir Novaes Filho (2001, p. 73), mesmo antes da EC 45/04, já comentavam a previsão de um julgamento rápido e público em nosso direito, a exemplo daquele existente no direito norte-americano:

“A preocupação com a rapidez do julgamento de infração penal, no direito brasileiro, resta evidenciada, especialmente quanto ao réu preso, sendo que a Constituição do Brasil estabelece como regra: a publicidade de quaisquer julgamentos, seja cível ou penal, regra esta que no entanto é sujeita a exceções previstas no próprio texto constitucional.”

Nessa evolução do nosso direito, o novo inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88 veio, então, consagrar de vez essa necessidade de um julgamento judicial, de qualquer ramo do direito, dentro de um prazo razoável como garantia constitucional fundamental do jurisdicionado.

3. A natureza jurídica do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88

Impende esclarecer, neste ponto, que o dispositivo constitucional em exame tem aplicabilidade imediata. Não se enquadra, como pensam alguns, na categoria de norma constitucional programática. Sérgio Bermudes (2005, p. 11), por exemplo, defende, equivocadamente, que “a norma deste inciso LXXVIII, acrescentada agora ao art. 5º da Constituição Federal, é programática, se se quiser repetir Pontes de Miranda, ou idealista”.

Todavia, a própria Constituição afasta qualquer dúvida sobre a natureza do art. 5º inciso LVXXVIII, dizendo que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (parág. 1º do art. 5º). Tendo em vista, portanto, que o princípio da razoável duração do processo se enquadra na categoria de garantia constitucional fundamental, pois está expresso na CF/88 em seu Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, nenhuma dúvida que a sua aplicabilidade é imediata.

Aliás, essa característica parece ser o maior mérito do legislador constitucional, que ratificou e expressou inequivocamente esse princípio no texto da Carta Magna,

possibilitando que os seus destinatários possam postular essa garantia sem a necessidade de regulamentação infraconstitucional.

Confira-se nesse diapasão o magistério de Alessandra Mendes Spalding (2005, p. 33):

“Ao que parece, a grande importância de o direito à tutela jurisdicional tempestiva ser caracterizado como direito fundamental reside na possibilidade de sua aplicação imediata. Apesar de ainda existir discussão na doutrina nacional e estrangeira sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a redação do art. 5º, par. 1º, da CF brasileira não deixa dúvidas ao estabelecer que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’.”

Estamos diante de uma nova e relevante garantia constitucional fundamental, instrumento de realização de justiça, com todos os efeitos e conseqüências que devem advir de um preceito contido no Código Magno.

4. Apuração do significado da expressão: “razoável duração do processo”

Ditas essas palavras sobre o inciso LXXVIII do art. 5º da CF, mister se faz adentrar o âmago do princípio ora estudado, perquirindo do alcance e limites da expressão “razoável duração do processo”.

O legislador constitucional utilizou-se de vaguidade e indeterminação ao dizer que a duração do processo deve ser “razoável”. O preceito constitucional em tela está carregado de uma indiscutível dose de subjetivismo que poderá prejudicar a sua compreensão e, conseqüentemente, poderá gerar problemas a quem deseja aplicá-lo ou interpretá-lo. O que é razoável para uns pode não ser para outros. Como, portanto, pode ser definido o que é uma *razoável* duração do processo?

Se essa matéria pudesse ser objeto de regulamentação por lei ordinária, seria missão impossível para o legislador determinar de forma padronizada o que se constitui um tempo razoável de duração de um processo judicial. São tantas variáveis que militam contra uma padronização desse jaez, mormente considerando as mais acentuadas disparidades existentes em nosso país e em nosso Judiciário, que nem mesmo um infinito número de regras conseguiria implementar um padrão único a ser aplicado para cada processo judicial com o objetivo de estabelecer qual seria o prazo razoável que cada um deveria durar.

O problema terá que, necessariamente, ser solucionado casuisticamente, analisando-se os processos individualmente e comparando-os com outros da mesma natureza e que apresentem algumas similaridades básicas.

Não obstante, alguns parâmetros poderão ser usados para saber se um processo teve ou não uma razoável duração, visto que o vocábulo “razoável” possui um conteúdo mínimo aferível em face de determinações legais e constitucionais aplicáveis ao trâmite processual e frente à realidade de nosso sistema jurídico e das peculiaridades do Poder Judiciário brasileiro.

A verificação, portanto, de cada processo submetido ao Judiciário não pode prescindir de uma análise específica do caso concreto que está sendo discutido. A razoável duração do processo e a celeridade da sua tramitação dependem diretamente da complexidade da causa levada ao conhecimento e julgamento dos magistrados. Uma causa simples, que dispensa instrução probatória, não deve demorar mais do que uma causa complexa, na qual exige-se perícia, prova testemunhal, diversos depoimentos pessoais em função da existência de vários autores ou réus etc.

Outra via de análise sobre a razoabilidade do andamento do feito deverá levar em conta a necessária obediência às garantias processuais e constitucionais que vin-

culam o caso concreto. Não pode o juiz, em nome da celeridade processual, sacrificar os princípios do contraditório, da ampla defesa e outros institutos já consagrados em nosso direito que visam garantir um processo escorreito e uma decisão pronta, mas fundamentada e justa.

Nesse diapasão, um parâmetro possível de ser aplicado na aferição da razoabilidade da duração do processo seria a somatória dos prazos processuais, que serviria para constatar se o trâmite processual durou mais do que o prazo total previsto em lei para a soma de todos os atos processuais atinentes àquele feito.

Ao usar-se esse critério, devem ser levadas em conta variáveis nem sempre de responsabilidade do Poder Judiciário (incidentes processuais, demora na produção de provas a cargo de terceiros, desídia das partes, influência de fatos causados pelos procuradores das partes, causas de força maior etc.), não afastando a necessidade de avaliar cada caso concreto, para saber se a duração do processo se verificou dentro do razoável em face de suas peculiaridades.

Aliás, nesse sentido,

“o posicionamento jurisprudencial da Corte Européia dos Direitos do Homem fixa *três critérios* para verificar a razoável duração do processo: (i) complexidade do assunto; (ii) comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo penal; e (iii) da atuação do órgão jurisdicional” (NOTORIANO JÚNIOR, p. 60).

Enfim, todos esses elementos deverão ser utilizados para verificar-se se houve demora na entrega da prestação jurisdicional ou se o processo teve uma duração razoável.

Considerando que o Estado pode ser responsabilizado pelo descumprimento do preceito constitucional, relevante se mostra buscar critérios para a compreensão do que seja uma “razoável” duração do processo, de modo a guiar o intérprete na tarefa de extrair o seu significado. Essa interpretação

deverá ser o fiel da balança entre a responsabilização ou não do poder público pela ministração da justiça, o qual doravante não mais poderá desconsiderar a necessidade de entregar soluções aos conflitos dos jurisdicionados em tempo razoável.

E nessa análise interpretativa, frise-se, não deverão ser olvidadas as garantias legais e constitucionais aplicáveis ao processo judicial, que devem, compulsoriamente, ser observadas pelo Judiciário e que, logicamente, retardam a ultimização da prestação jurisdicional. E por isso afastam a responsabilidade do poder público caso haja demora na solução do conflito submetido ao Estado-juiz, como será demonstrado mais adiante.

5. A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais

O direito brasileiro adota, em regra, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, tendo consagrado esse posicionamento no parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988:

“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.”

Costuma-se dizer que a responsabilidade por atos jurisdicionais é último reduto a ser alcançado pela teoria da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Isso porque sempre houve uma relutância da jurisprudência em se admitir que o Estado pudesse ser responsabilizado pelos atos dos magistrados. A doutrina, diferentemente, vem há tempos admitindo o dever de indenizar do poder público em decorrência dos atos jurisdicionais.²

Conforme registra a doutrina, os que reftam essa responsabilidade estatal defendem o seguinte:

(a) O juiz não é funcionário público, mas agente político, não podendo ser responsabilizado da mesma forma que os demais agentes públicos. Os seus atos são manifestações iniludíveis do Estado, não gerando responsabilidade pelos seus atos, a não ser em casos específicos previstos em lei (dolo ou fraude).

(b) Independência da magistratura. O juiz não pode ficar sob a pressão da responsabilização pelos seus atos, por ação regressiva, sob pena de ficar tolhido em sua função de julgar.

(c) A soberania do Poder Judiciário. O ato do juiz é uma manifestação da soberania nacional, não podendo gerar responsabilidade do Estado.

(d) Ausência de previsão legal. Tese suportada pela jurisprudência pátria. O Estado não pode ser condenado à míngua de texto expresso de lei que autorize sua responsabilização.

(e) A intangibilidade da coisa julgada. Caso fosse admitida a responsabilidade do Estado por atos dos juizes, haveria violação da coisa julgada e abalaria o princípio da segurança jurídica.

Em resposta a esses argumentos, podem ser alinhavadas as seguintes considerações no sentido de apontar a responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais:

(a) A CF/88 basta para afastar a pretendida diferenciação do juiz dos demais agentes públicos. O Art. 37, par. 6º não faz distinção quanto a essa categoria de agentes do poder público. Ao contrário, até pressupõe que os juizes foram incluídos na categoria geral de agentes públicos, pois são agentes do Estado. O juiz é um servidor público. Ele não é agente político, pois seu cargo não é transitório. Deve, assim, o juiz responder como qualquer outro agente público pelos seus atos.

(b) A independência da magistratura não serve para impedir a responsabilidade do poder público, já que todos os Poderes da República são independentes e nem por isso o Executivo, por exemplo, deixa de res-

ponder pelos seus atos. A independência do Judiciário garante ao juiz a liberdade de julgar de acordo com o seu livre convencimento e com imparcialidade e não como escudo para se proteger dos seus próprios atos.

(c) A soberania não pertence ao Poder Judiciário, e nem isoladamente a qualquer outro poder, mas quem a detém é o Estado. Ela é una. Os Poderes não são soberanos, pois devem obediência à lei e principalmente à Constituição.

(d) Não há que se negar direitos por ausência de texto legal. O direito não se limita à lei. Até mesmo porque a responsabilidade do Estado provém diretamente da CF/88 e ela nunca se apoiou em texto legal, mas, sim, nasceu e sedimentou-se com o paulatino trabalho de criação doutrinária e jurisprudencial.

(e) A intangibilidade da coisa julgada não justifica a imunidade do Judiciário. Conforme Maria Sylvia Zanella di Pietro (2003, p. 534),

“o fato de ser o Estado condenado a pagar indenização decorrente de dano ocasionado por ato judicial não implica mudança na decisão judicial. A decisão continua a valer para ambas as partes. É o Estado que terá que responder pelo prejuízo que a decisão imutável ocasionou a uma das partes, em decorrência de erro judiciário.”

Em suma, pode-se concluir que os atos jurisdicionais são espécie da categoria dos atos judiciais, e estes pertencem ao gênero *atos do serviço público*. Portanto, os primeiros também podem gerar responsabilidade do Estado, com eventual ação regressiva contra o agente causador do dano, em caso de dolo ou culpa.

6. A demora na prestação jurisdicional e a obrigação de indenizar do Estado

O comando constitucional que impõe uma adequada celeridade na tramitação do feito para que, conseqüentemente, o proces-

so tenha uma duração razoável poderá ser afetado e causar prejuízos ao jurisdicionado por diversas formas, segundo o magistério de Edmir Netto de Araújo (2005, p. 791): (a) dolosamente o juiz recusa ou omite decisões ou providências, com o intuito de prejudicar o administrado, auferindo ou não lucros; (b) não conhece, conhece mal ou é induzido a erro sobre as circunstâncias do caso ou o direito aplicável, recusando ou omitindo o que de direito; (c) recusa ou omite providências ou decisões sem estudar o assunto, ou, negligentemente, julga tratar-se de outro caso, não tendo o cuidado de conferir; (d) demora ou lentidão em providências; decisões interlocutórias ou finais: Dolo, Desídia, Falha do Serviço Público (deficiência do aparelho judiciário); (e) procedendo com desídia, o magistrado não decide, conservando os autos do processo consigo, displicentemente, relaxadamente, ocasionando com seu pouco caso e falta ao dever prejuízos às partes; (f) quando a demora ou lentidão for atribuível à falta ou insuficiência de juizes ou funcionários, obrigando ao acúmulo de processos e serviços judiciais, tornando-se praticamente impossível manter-se a pauta em dia.

Todos esses comportamentos, mas não só eles, afetam diretamente a garantia constitucional do art. 5º, LXXVII, podendo causar danos a direitos de terceiros pela conseqüente demora na prestação jurisdicional. Quando se constatar, portanto, que a violação da imposição constitucional de uma razoável duração do processo gerou danos a particulares, aparecerá o dever de indenizar do Estado.

Se alguém postulava perante o Judiciário o direito sobre determinado bem, material ou imaterial, e em razão da demora injustificada na entrega da prestação jurisdicional, o autor da ação judicial não conseguiu exercer esse direito e o bem veio a perecer, poderá o Estado ser responsabilizado pelo prejuízo causado.

“Pensamos que, se da dilação indevida do processo, em razão de fato

imputável à atuação do órgão do Poder Judiciário, advier prejuízo ao jurisdicionado, seja de ordem material ou moral, cabe-lhe o direito de pleitear indenização por todos os prejuízos experimentados, em face da União ou do Estado” (NOTORIANO JÚNIOR, 2005, p. 62).

Imprescindível registrar e esclarecer que somente há que se falar em responsabilidade do Estado nesse caso se a demora na prestação jurisdicional for excessiva, abusiva, indevida. Como será visto mais adiante, a simples demora do processo não implica necessariamente responsabilidade estatal por danos.

Esse também é magistério de Ana Maria Flaquer Scartezzini (2005, p. 49): “A mera inobservância do comando constitucional que acolhe a implementação da razoabilidade na duração do processo, por si só, não pode ensejar qualquer indenização.”

Para que fique caracterizado o dever do Estado de indenizar os particulares prejudicados pela não observância da garantia constitucional da razoável duração do processo, a vítima deve provar a existência de um dano por ela sofrido e que esse dano aconteceu por um comportamento comissivo ou omissivo do Estado, ou seja, que há um liame entre esses dois elementos: é o nexo de causalidade.

Assim, terá direito à indenização por parte do Estado aquele que, por exemplo, postulava em juízo um direito e este somente não pôde ser obtido porque o Estado não entregou a prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável, causando o perecimento do direito em questão.

Portanto, não será suficiente à vítima alegar que não foi observada a garantia da razoável duração do processo. A obrigação de indenizar somente pode ser invocada se esse descumprimento foi a causa do dano ocorrido no patrimônio do jurisdicionado. Se não houver a concorrência desses três elementos, pelo menos, não há que falar em responsabilidade do Estado.

7. Responsabilidade estatal: objetiva ou subjetiva?

Constatados os três elementos mínimos acima identificados ensejadores da responsabilidade civil do Estado, falta apenas esclarecer se o dever de indenizar do Estado decorre de uma responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Se o dano causado ao jurisdicionado decorreu de um comportamento comissivo, por uma ação do Estado, a doutrina e jurisprudência são pacíficas em admitir que a responsabilidade do Estado é objetiva, consoante o disposto no par. 6º do art. 37 da CF/88. No tocante ao erro judiciário, *v.g.*, fica fácil visualizar a responsabilidade objetiva do Estado em face de um dano que decorreu da manifestação equivocada do Estado-juiz.

Entretanto, a responsabilidade do Estado por omissão dos seus agentes é questão controvertida doutrinária e jurisprudencialmente. Há quem entenda que nesse caso a responsabilidade estatal deixa de ser considerada objetiva e passa a ser tida como subjetiva, sendo necessário verificar-se o elemento subjetivo que teria dado causa ao dano. Assim defende, por exemplo, Celso Antonio Bandeira de Mello (1992, p. 338):

“quando o dano foi possível em decorrência de uma *omissão* do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente), é de se aplicar a teoria da responsabilidade *subjetiva*. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode logicamente ser ele o autor do dano. E se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja *obrigado a impedir o dano*.”

No caso de descumprimento da garantia da razoável duração do processo, o dever de indenizar do Estado, consoante nosso entendimento, está embasado na responsabilidade objetiva. Cabe ao prejudicado demonstrar apenas os três pressupostos configuradores da responsabilidade do Estado já mencionados, aplicados à hipótese

ora em análise, quais sejam, a existência do dano, o comportamento lesivo do poder público (a morosidade da justiça) e o correspondente nexos de causalidade.

Não se aplica a responsabilidade baseada na culpa, neste caso, pois não se pode carrear ao particular o ônus de provar a culpa ou dolo dos agentes públicos causadores da mora judicial. Esse elemento subjetivo é irrelevante. A exigência para que ocorra o dever de indenizar cinge-se à demonstração de que o dano aconteceu porque o Estado não proveu um processo em tempo razoável, tendo descumprido o dever imposto pela Constituição, não importando se esse descumprimento foi culposos ou não.

A vítima já estará encarregada de tarefa por vezes complexa: conseguir demonstrar o liame entre o dano por ela sofrido e a morosidade da justiça. Se ainda tivesse que provar a existência de culpa ou dolo do Estado, o jurisdicionado estaria em situação de acentuada desvantagem.

Analisando a questão da responsabilidade do Estado pela morosidade da justiça, Francisco Fernandes de Araújo (1999, p. 385) também defende a responsabilidade objetiva, apresentando argumentos bastante plausíveis, que merecem ser reproduzidos:

“A teoria da responsabilidade objetiva do Estado pelo dano decorrente da morosidade da prestação jurisdicional é a única que satisfaz ao sentimento de justiça que se revela no seio da sociedade moderna, como contrapartida dos tributos gerais pagos por ela, dentre os quais as taxas judiciárias que igualmente lhe são impostas, e também pelo fato de o Estado deter o monopólio da jurisdição, não permitindo a realização da justiça pelas próprias mãos dos particulares.

Responsabilizar objetivamente o Estado pelo dano decorrente da morosidade da justiça é necessidade que se impõe, para que os preceitos cons-

titucionais em vigor sejam efetivamente respeitados, dentre os quais os princípios da igualdade, da legalidade, da moralidade, da eficiência e da boa qualidade do serviço público e do acesso substancial à justiça. A medida também atuará como pressão efetiva para que o Estado cuide melhor da estrutura judiciária e da eficiência de seus juizes, e, portanto, servirá de alavanca para o aprimoramento geral da justiça do País, melhorando a qualidade de vida do seu povo, ideal permanente pelo qual todos têm o dever de lutar.”

Os argumentos acima reproduzidos foram expostos antes da aprovação do inciso LXXVIII do art. 5º da CF. Com esse novo dispositivo, a tese da responsabilidade objetiva do Estado pela demora na prestação jurisdicional, que é defendida pela grande maioria da doutrina, ganha muito mais força. E, em nossa opinião, é a mais justa.

8. As causas excludentes e atenuantes da responsabilidade objetiva do Estado

Como foi demonstrado, não há como negar que a responsabilidade do Estado pelo descumprimento da garantia constitucional da razoável duração do processo é objetiva. Porém, isso não significa a banalização do dever de indenizar por parte do Estado. Além dos critérios que devem ser obedecidos para a admissão desse dever, existem as causas excludentes e atenuantes da responsabilidade objetiva do Estado que afastam ou mitigam esse mesmo dever.

Então, a responsabilidade do Estado pode ser afastada ou amenizada quando é atingido o nexos causal. Nesse sentido, o liame poderá ser rompido quando se apresentarem causas excludentes da responsabilidade do Estado. E a responsabilidade de poderá, ainda, ser mitigada em razão de concausas que contribuíram para o evento danoso.

“Com efeito, pode ocorrer que o dano resulte de dupla causação. Hipóteses haverá em que o evento lesivo seja fruto de ação conjunta do Estado e do lesado, concorrendo ambos para a geração do resultado danoso. Ainda aqui não haverá falar em excludente da responsabilidade estatal. Haverá, sim, atenuação do *quantum* indenizatório, a ser decidido na proporção em que cada qual haja participado para produção do evento” (MELLO, 1992, p. 349).

Com alguma dissensão, a doutrina enumera as seguintes causas excludentes da responsabilidade objetiva: culpa da vítima, culpa de terceiro, força maior e estado de necessidade.

(a) A *culpa da vítima* afasta o dever de indenizar pelo simples fato de que o dano, nessa hipótese, não foi causado pelo agente do poder público, mas, sim, pela própria vítima. Assim sendo, não há nexo de causalidade; rompe-se, portanto, o liame exigível como pressuposto para caracterizar a responsabilidade objetiva.

Essa causa excludente deve ser provada pelo Estado, uma vez que a responsabilidade objetiva não necessita de demonstração por elementos subjetivos, mas a culpa da vítima, de cunho subjetivo, esta sim precisa ser provada pela parte contrária.

Se a demora na tramitação do feito aconteceu, *v.g.*, por desídia das partes ou de seus procuradores ou por qualquer outra conduta dolosa ou culposa destes, tais como retenção indevida dos autos, extravio do processo, não atendimento a intimações, abandono da causa etc., ficará afastado o dever de indenizar por parte do Estado.

Se, além da culpa da vítima, concorreu para a ocorrência do dano o comportamento do agente público, poderá haver atenuação da responsabilidade do poder público, o que será relevante na fixação do *quantum* indenizatório.

(b) A *culpa de terceiro*, a seu turno, exclui ou reduz a responsabilidade do Estado quan-

do se constitui a verdadeira causa do dano ou, pelo menos, tenha contribuído com a sua ocorrência.

Seria o caso de condutas que podem afetar a tramitação do feito que não podem ser atribuídas nem ao Estado e nem às partes, mas sim a terceiros, os quais deram causa à lentidão do processo e conseqüentemente originaram danos ao particular. Nesse caso, poderá ser afastada ou mitigada a responsabilidade estatal.

(c) A *força maior* tem o condão de atuar como hipótese excludente da responsabilidade objetiva por se constituir fato inevitável e irresistível. Tais fatos são normalmente relacionados a manifestações da natureza, tais como enchentes, raios, erupções vulcânicas, ondas marítimas gigantescas etc.

Alguns autores acrescentam que se trata de fato também imprevisível. Mas, na verdade, nem sempre a força maior se caracteriza por ser imprevisível. Fenômenos naturais há que até podem ser previstos com antecedência por meios tecnológicos (como um terremoto, um maremoto, uma erupção vulcânica) mas não podem ser impedidos pelo homem, e mesmo assim são considerados como força maior, que são suficientes para afastar a responsabilidade do poder público ou de seus agentes, vez que rompem o liame de causalidade exigível para o dever de indenizar.

Nessa situação não se atribui responsabilidade ao Estado pela demora na entrega da prestação jurisdicional porque uma causa externa impede a configuração do nexo de causalidade, afastando eventual pretensão indenizatória.

(d) O *estado de necessidade* é reconhecido por parte da doutrina como causa excludente da responsabilidade do Estado. E, na hipótese da garantia da razoável duração do processo, o estado de necessidade pode afetar o nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o dano, uma vez que a morosidade do feito pode acontecer por derivação de fatos ou situações que permitem sacrificar o direito individual do jurisdiciona-

do em favor da preservação de interesses gerais e públicos.

Edmir Netto de Araújo (2005, p. 729), um dos que defendem essa causa excludente, e a chama de *excludente autêntica*, cita como exemplos de estado de necessidade: guerras, revoluções, o estado de sítio ou semelhantes, “justificando medidas também excepcionais e exercício de poderes discricionários, restringindo ou sacrificando direitos diante do interesse público”.

Embora de rara aparição, o estado de necessidade, caso seja o causador da possível mora judicial, pode ser considerado como causa excludente da responsabilidade do Estado. Francisco Fernandes de Araújo (1999, p. 309), em posição peculiar, acaba admitindo também mais essa causa excludente:

“Em nosso sentir, entretanto, o estado de necessidade que poderia ser invocado no caso em que defendemos a responsabilidade objetiva do Estado por atos judiciais, mais precisamente por dano decorrente da morosidade da justiça, como, por exemplo, numa situação de guerra, revolução ou estado de sítio, que viessem a retardar a prestação dos serviços públicos, dentre os quais a prestação jurisdicional, poderiam, em regra, ser enquadrados como similares à força maior ocasionada por atos de terceiros, e, portanto, capazes de excluir a responsabilidade estatal” (*sic*).

Cabe aqui apenas mais um registro. Determinados doutrinadores elencam, ainda, o *caso fortuito* como causa excludente ou atenuante da responsabilidade objetiva do Estado. No entanto, tais posições são polêmicas e criticáveis em face da sua fragilidade e passíveis de gerar situações de injustiça, impondo ao particular que suporte sozinho um prejuízo a que não deu causa. De todo modo, mesmo admitindo tal causa excludente, a sua aplicação terá que ser analisada caso a caso e somente para situações excepcionais.

9. O estrito cumprimento de dever jurídico: uma nova excludente

Além das causas supracitadas, propugnamos pela adoção de uma nova excludente da responsabilidade objetiva do Estado por alegada violação da garantia constitucional da razoável duração do processo. Esta seria denominada excludente por causa de *estrito cumprimento de dever jurídico* por parte do Estado.

Uma vez demonstrado pela vítima que o dano por ela sofrido decorreu do descumprimento da norma do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, para que o Estado fique exonerado do dever de indenizar terá que provar a ocorrência de uma causa excludente. No caso da demora da prestação jurisdicional, uma razão a ser demonstrada pelo Estado para justificar o não atendimento do pedido de tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável seria a necessidade de cumprir com as exigências legais e constitucionais atinentes ao processo judicial. Se a demora, portanto, se deu em virtude da aplicação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e outras garantias processuais previstas em lei ou na Constituição, não pode o Estado ser responsabilizado por eventuais danos causados a particulares. Mesmo que esses danos tenham se verificado em decorrência de um processo cuja duração não tenha sido razoável.

Como já foi mencionado, um processo dificilmente terá a mesma duração que outro, a despeito de tratarem ou não de causas semelhantes. E se um processo teve uma duração fora do razoável, mas a sua tramitação foi prolongada por conta de *fatores juridicamente lícitos*, não há que se falar em responsabilidade do Estado.

Se o feito, por exemplo, contou com vários autores e réus, teve incidentes processuais, necessitou de complexa perícia, precisou da oitiva das partes, coletou depoimentos de numerosas testemunhas, as partes interpuseram vários recursos e outros fatores de prolongamento da causa que visam

atender, principalmente, aos princípios de ampla defesa e do contraditório, o Estado pode alegar que a demora na prestação jurisdicional se deveu ao cumprimento da lei e da Constituição, que garantem a utilização desses expedientes processuais. E, conseqüentemente, o não atendimento da garantia de um processo em tempo razoável não é causa geradora do dever de indenizar, na hipótese de que um dos interessados tenha prejuízo com essa demora.

Verifica-se, assim, na hipótese ora enfocada, que os elementos configuradores da responsabilidade objetiva estão presentes: o dano da vítima, o comportamento do Estado (demora na prestação jurisdicional) e o nexo de causalidade ligando os dois primeiros pressupostos. Contudo, a causa excludente denominada por nós estrito cumprimento de dever jurídico afastaria o dever de indenizar do Estado, uma vez que ela teria o condão de *tornar lícito o comportamento do Estado*.

Denominamos essa eximente da responsabilidade objetiva estrito cumprimento de dever jurídico, com base, por analogia, nas causas excludentes de ilicitude do direito penal.

“Determina o art. 23, III, do CP, que não há crime quando o sujeito pratica o fato em estrito cumprimento de dever legal. É causa de exclusão da anti-juridicidade. Há casos em que a lei impõe determinado comportamento, em face do que, embora típica a conduta, não é ilícita. Exemplos de dever legal impostos a funcionário ou agente do Estado” (JESUS, 1986, p. 345).

Nós apenas preferimos denominar essa excludente estrito cumprimento de *dever jurídico*, em vez de cumprimento de *dever legal*, pelo fato de que não é somente para cumprir com a lei que o Estado demora a prestar a tutela jurisdicional, mas também para atender *garantias constitucionais*.

É o mesmo raciocínio que se aplica ao estado de necessidade, em que estão presentes os elementos de configuração da responsabilidade objetiva do Estado, mas uma cir-

cunstância específica (interesse público) elide a obrigação de indenizar.

Perceba-se que o estrito cumprimento de dever jurídico não se confunde com nenhuma das outras causas excludentes tradicionalmente defendidas para afastar o dever de indenizar do Estado, conforme também expostas neste trabalho. O atendimento das exigências legais e constitucionais que afetam o andamento do processo não se enquadra nem em culpa da vítima ou de terceiro, nem em motivos de força maior ou caso fortuito, como também ela difere do estado de necessidade. Por isso a proposta de adoção dessa nova causa excludente da responsabilidade do Estado.

10. Conclusões

Tendo em vista o quanto exposto e defendido no presente estudo, apresentamos as seguintes conclusões que se constituem a síntese do nosso trabalho referente à garantia constitucional da razoável duração do processo e à defesa do Estado:

(I) A Emenda Constitucional nº 45, de 8/12/04, introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, uma nova garantia fundamental: a razoável duração do processo.

(II) Essa garantia do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88 é dotada de aplicabilidade imediata por força do que dispõe o parágrafo 1º do art. 5º da CF/88.

(III) A garantia da razoável duração do processo deverá ser vista casuisticamente levando-se em conta diversos fatores referentes a cada processo e elementos comparativos, para concluir se o processo teve ou não duração razoável.

(IV) A responsabilidade do Estado pela demora na prestação da justiça é objetiva.

(V) A defesa do Estado no tocante ao eventual descumprimento do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88 poderá ser baseada nas tradicionais causas excludentes da responsabilidade do Estado: culpa da vítima, culpa de terceiro, força maior e estado de necessidade.

(VI) Defendemos a adoção de uma nova causa excludente da responsabilidade do Estado pela mora judicial, que é o estrito cumprimento de dever jurídico, que ocorre quando o processo não teve duração razoável em razão da observância compulsória de garantias legais e constitucionais atinentes ao processo.

Notas

¹ Convenção Americana de Direitos Humanos (22.11.69), *Pacto de San Jose da Costa Rica*, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 e promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

² Importante diferenciar os atos jurisdicionais, objeto de nossa análise, dos atos meramente judiciais (atividade administrativa, função atípica). Quanto a estes, o entendimento atualmente consagrado é de que o Estado responde pela regra geral da responsabilidade objetiva. A questão se torna mais tormentosa quando se trata de atos de jurisdição (atividade típica do Judiciário). Aí as posições são divergentes.

Referências

ALVAREZ, Anselmo Pietro; NOVAES FILHO, Wladimir. *A constituição dos EUA anotada*. São Paulo: LTr, 2001.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. Saraiva: São Paulo, 2005.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Responsabilidade objetiva do estado pela morosidade da justiça*. Campinas: Copola, 1999.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do judiciário pela emenda constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. 1 v.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

NOTARIANO JUNIOR, Antonio de Pádua. Garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SADEK, Maria Tereza. *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC N. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.